MASTER
NEGATIVE
NO. 94-82232-10

COPYRIGHT STATEMENT

The copyright law of the United States (Title 17, United States Code) governs the making of photocopies or other reproductions of copyrighted materials including foreign works under certain conditions. In addition, the United States extends protection to foreign works by means of various international conventions, bilateral agreements, and proclamations.

Under certain conditions specified in the law, libraries and archives are authorized to furnish a photocopy or other reproduction. One of these specified conditions is that the photocopy or reproduction is not to be "used for any purpose other than private study, scholarship, or research." If a user makes a request for, or later uses, a photocopy or reproduction for purposes in excess of "fair use," that user may be liable for copyright infringement.

The Columbia University Libraries reserve the right to refuse to accept a copying order if, in its judgement, fulfillment of the order would involve violation of the copyright law.

Author:
Ramseyer, Erwin

Title:
Baugläubigerpfandrecht, Baukredit und Treuhänder

Place:
Bern

Date:
1924

94-82232-10
MASTER NEGATIVE #

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
PRESERVATION DIVISION

BIBLIOGRAPHIC MICROFORM TARGET

ORIGINAL MATERIAL AS FILMED - EXISTING BIBLIOGRAPHIC RECORD

BUSINESS
385.7
R14

Ramseyer, Erwin

Baugläubigerpfandrecht, baukredit und treuhänder ... von Erwin Ramseyer ... Bern, Stämpfli, 1924.

xiii, 127 p. 23 cm.

Thesis, Bern.

"Die gleiche arbeit ist erschienen als heft 3 der "Abhandlungen zum schweizerischen recht", neue folge."

Bibliography: p. ix-xii.

RESTRICTIONS ON USE:

TECHNICAL MICROFORM DATA

FILM SIZE: 35mm REDUCTION RATIO: 12X IMAGE PLACEMENT: IA (IIA) IB IIB

DATE FILMED: 10-6-94 INITIALS: W.W

TRACKING # : MSH 02706

FILMED BY PRESERVATION RESOURCES, BETHLEHEM, PA.

2.0 mm ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

1.5 mm ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

PM-MGP 13″x18″
METRIC GENERAL PURPOSE TARGET
PHOTOGRAPHIC

150 mm

100 mm

1.0

1.1

1.25

1.4

1.6

1.8

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz
1234567890

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz
1234567890

1.0 mm

1.5 mm

2.0 mm

2.5 mm

A5

A4

PRECISION℠ RESOLUTION TARGETS

Century

A&P

1303 Geneva Avenue
St. Paul, MN 55119

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz
1234567890

4.5 mm

ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ
abcdefghijklmnopqrstuvwxyz1234567890

3.5 mm

BAUGLÄUBIGERPFANDRECHT
BAUKREDIT UND TREUHÄNDER.

Erwin Ramseyer

D385.7 R14
Columbia University
in the City of New York
LIBRARY
School of Business

Baugläubigerpfandrecht Baukredit und Treuhänder

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

Erwin Ramseyer
Fürsprecher in Bern

Bern — Druck von Stämpfli & Cie. — 1924

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARY

Bus

D 385.7
R14

D.A. Diss. 7,1929
Hec
Ast ,, 20 ,,

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet!

DA March 7, 1929

Vorwort.

Bevor ich diese Arbeit aus meinen Händen lege, ist es mir ein Bedürfnis, allen denjenigen, die mir bei ihrer Entstehung behilflich gewesen sind, meinen herzlichsten Dank auszusprechen.

Vor allem gebührt meine Dankbarkeit Herrn Prof. Theo Guhl, der mir zu wiederholten Malen mit seinem erfahrenen Rate beigestanden ist. Ich danke ihm aber auch als meinem Lehrer, der es verstanden hat, in Vorlesung und Seminar beim Studenten den Sinn und die Freude an unserem neuen Rechte zu erwecken. Nicht minder gebührt mein Dank Herrn Notar Fritz Lehner, Chef der Titelverwaltung der Schweizerischen Volksbank in Bern, der mir, aus seiner grossen Erfahrung im Gebiete des Grundpfandrechtes schöpfend, manchen wertvollen Rat erteilt hat und mich auf vieles aufmerksam machte, das dem Studenten noch unbekannt ist.

Bern, im Mai 1924.

Der Verfasser:

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis IX

Abkürzungen XIII

§ 1. Einleitung 1

I. Teil.

Die rechtliche Natur des Baugläubigerpfandrechtes.

1. Abschnitt.

Die gesetzlichen Grundpfandrechte des ZGB.

§ 2. Unterschied zwischen gesetzlichen und andern Grundpfandrechten 3

I. Allgemeines 3

II. Unterschiede bei der Entstehung 4

III. Unterschiede im Inhalt 6

§ 3. Die gesetzlichen Grundpfandrechte im allgemeinen . . 7

I. Arten der gesetzlichen Grundpfandrechte 7

II. Begriff und rechtliche Natur der gesetzlichen Grundpfandrechte 14

§ 4. Das Pfandrecht der Bauhandwerker und Unternehmer 17

2. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Baugläubigerpfandrechtes.

§ 5. Das Verhältnis zwischen dem Pfandrecht und dem Anspruch auf Errichtung desselben 21

§ 6. Persönliche und dingliche Rechte im allgemeinen . . . 25

§ 7. Rechtliche Natur des Anspruches aus Art. 837 ZGB . . 31

I. Der Anspruch ist persönlicher Natur 32

II. Der Anspruch ist dinglicher Natur 42

III. Der Anspruch als actio in rem scripta 47

3. Abschnitt.

Die Wirkungen der rechtlichen Konstruktion des Anspruches aus Art. 837 ZGB, als einer actio in rem scripta.

§ 8. Wirkungen und Folgen im allgemeinen 52

§ 9. Die Verfügung über den Anspruch aus Art. 837 ZGB . 54

I. Abtretung des Anspruches 54

II. Verzicht auf den Anspruch 55

Seite

§ 10. Die Eintragungsfrist 57
I. Bedeutung und Natur der Eintragungsfrist 57
II. Beginn und Berechnung des Fristenlaufs 60
§ 11. Das Eintragungsverfahren 63
I. Allgemeines 63
II. Der Gerichtsstand für die Geltendmachung des Anspruches 65
§ 12. Die rechtliche Natur des errichteten Grundpfandrechtes 68

4. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechtes.

§ 13. Untersuchung der rechtlichen Natur 71
I. Allgemeines 71
II. Rechtliche Natur des Anfechtungsrechtes 72
§ 14. Das Verfahren bei der Geltendmachung des Anfechtungsrechtes 78

II. Teil.

Das Verhältnis des Baugläubigerpfandrechtes zum Baukredit und die Stellung des Treuhänders.

§ 15. Das Verhältnis des Baugläubigerpfandrechtes zu andern Pfandrechten 82
§ 16. Der Baukredit und seine Verwendung 84
I. Der Baukredit und die Art seiner Sicherstellung . . 84
II. Das Verfahren bei der Auszahlung von Baukrediten 89
§ 17. Die rechtliche Natur des Baukredites 95
§ 18. Die Funktionen und die rechtliche Stellung des Treuhänders 103
I. Die Funktionen des Treuhänders 103
II. Die rechtliche Stellung des Treuhänders 106
Anhang 122

Literaturverzeichnis.

Aeby, P., L'acte fiduciaire du droit civil suisse, in Z Schw R n. F. **31** 149 ff.

Baron, J., Pandekten, 7. Aufl., Leipzig 1890.

Becker, H., Kommentar zum OR, Bern 1917.

Bise, H., De l'hypothèque légal des entrepreneurs et artisans dans le CCS, Diss. Freiburg 1912.

Blumenstein, E., Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen, Diss. Bern 1901.

Boos-Jegher, E., Die Lage der schweizerischen Baugewerbe und die Notwendigkeit eines gesetzlichen Schutzes ihrer Forderungen, in Gewerbliche Zeitfragen, Heft 19, Bern 1902.

Brinz, A., Lehrbuch der Pandekten, 4 Bände, 2. Aufl., Erlangen 1892.

Brodtbeck, K. A., Das kantonale Einführungsrecht zum ZGB, Zürich 1912.

Brunner, H., Die Wertpapiere, in Band 2 von Endemanns Handbuch des Handelsrechtes, Leipzig 1884.

Burckhardt, W., Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Bern 1914.

Carrard, J., Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, Diss. Lausanne 1923.

Curti-Forrer, E., Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911.

Dernburg, H., System des römischen Rechtes, 2 Bände, 8. Aufl., herausgegeben von Sokolowsky, Berlin 1911.

Egger, August, Der privatrechtliche Schutz der Bauhandwerker, Diss. Bern 1900.

Egger, A., Professor, Grundeigentumsordnung und Grundpfandrecht, in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 12, Zürich 1906.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 3 Bände, 8./9. Aufl., Berlin 1908.

Fischbach, O., Treuhänder und Treuhandgeschäfte, Mannheim 1912.

Freese, H., Pfandrecht der Bauhandwerker, 2. Aufl., Leipzig 1910.

Gerstle, L., Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1917.

Girard, P. F., Geschichte und System des römischen Rechtes, übersetzt von Robert Mayr, 2 Bände, Berlin 1908.

Goltz, F., Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes, Marburg 1901.

Grünschild, J., Die Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung, Berlin 1914.

Guhl, T., Die Pfandhaft für Zinse bei Grundpfandforderungen nach schweizerischem ZGB, in J Z **10** 249.

— Über das System der festen Pfandstelle, in J Z **11** 35.

Hellmüller, Th., Das gesetzliche Pfandrecht für die Forderungen der Bauhandwerker und Unternehmer im Vorentwurf des schweizerischen ZGB, in Gewerbliche Zeitfragen, Heft 19, Bern 1902.

Hellwig, K., Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Homberger, A., Die Verpfründungsverträge im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1918.

Huber, E., Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen ZGB, Bd. 2, 2. Aufl., Bern 1914 (zitiert: Huber, Erl.).

— Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des schweizerischen Grundpfandrechtes, Basel 1898 (zitiert: Huber, Grundpfandrecht).

— Zum schweizerischen Sachenrecht, drei Vorträge, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, herausgegeben von Gmür, Heft 58, Bern 1914 (zitiert: Huber, Sachenrecht).

Jacobi, E., Die Wertpapiere, in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechtes, Bd. 4, 1. Abtl., Leipzig 1917.

Jäger, C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, Zürich 1912 (zitiert: Jäger, Kommentar zum Sch K G).

— Zur Behandlung der Bauhandwerkerpfandrechte verschiedenen Ranges im Pfandverwertungsverfahren, in J Z **12** 225.

Karrer, H., Der Bauschwindel und der Schutz der Bauhandwerker und Lieferanten, Diss. Zürich 1900.

Keller, M., Der Pfandhalter des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 860), Diss. Bern 1918.

Leemann, H., Kommentar zum schweizerischen Sachenrecht, Abt. 1 und 2, Lieferungen 1—6, Bern 1923 (zitiert: Leemann, Kommentar).

— Drei Übergangsfragen betreffend das Bauhandwerkerpfandrecht, in J Z **8** 299.

Leemann, Die rechtliche Natur und Tragweite der gesetzlichen Grundpfandansprüche nach Art. 837 ff. ZGB, in J Z **9** 84.

— Das Pfandrecht für die vertraglichen Zinse einer grundversicherten Forderung, in J Z **11** 221.

— Die Behandlung der Bauhandwerkerpfandrechte verschiedenen Ranges im Pfandverwertungs- und Verteilungsverfahren, in J Z **12** 173.

Lienhard, H., Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das Grundbuchrecht, in Z Schw R, n. F., **15** 477.

Loosli, C. E., Die schweizerischen Hypothekenbanken, in Mitteilungen aus dem handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich, Heft 26, Zürich 1914.

Meili, F., Der gesetzgeberische Kampf gegen Schädigungen im Bauhandwerk, in Schweizer Zeitfragen, Heft 32, Zürich 1901.

Morgenthaler, W., Die Bedeutung der Skriptur im Wertpapierrecht, Diss. Bern 1921.

Müller, J. W., Das Bauhandwerkerpfandrecht nach schweizerischem ZGB, Zürich 1911.

Oser, H., Kommentar zum schweizerischen OR, Zürich 1915 (zitiert: Oser, Kommentar).

— Art. «Kreditrecht» in Reichesbergs Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. 2, 1905.

Ostertag, Fr., Kommentar zum schweizerischen Sachenrecht, Abt. 3, 2. Aufl., Bern 1917.

Puchta, G. F., Pandekten, Leipzig 1852, 6. Aufl.

Regamey, Ch., La protection des créances des constructeurs dans l'industrie du bâtiment, Diss. Lausanne 1904.

Regelsberger, F., Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893.

Rossel, V., Manuel du droit fédéral des obligations, 4e éd., Lausanne 1920.

Rossel, V., et *Mentha*, Manuel du droit civil suisse, 3 tomes, 2e éd., Lausanne 1923.

Scheidegger, O., Das Baugläubigerpfandrecht im schweizerischen ZGB, in Z Schw R, n. F. **32** 1.

Schmitz, Das Baupfandrecht, Bern 1923.

Schneebeli, H., Der Schutz der Baugläubiger im schweizerischen ZGB unter vergleichender Berücksichtigung des deutschen Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, Diss. Zürich 1914.

Schultze, A., Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in Jherings Jahrbüchern **43** 1, Jena 1901.

Simon, H., Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Stuttgart 1909.

Sohm, R., Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechtes, 16. Aufl., München 1919.

Stintzing, W., Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse, Jena 1903.

Streuli, A., Die Zürcher Liegenschaftskrise, Diss. Zürich 1902.

Stahel, M., Das Bauhandwerkerpfandrecht nach schweizerischem ZGB, Zürich 1913.

Töndury, J. F., Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Neuenburg 1912.

Trümpi, H., Der Gläubigerwechsel bei den Grundpfandtiteln des ZGB, Diss. Bern 1915.

Tuor, P., Das neue Recht, eine Einführung in das schweizerische ZGB, Zürich 1912.

Volmar, F., Einiges über das Bauhandwerkerpfandrecht, in Schweizerisches Baujahrbuch 1914, Zürich (zitiert: Volmar, Baujahrbuch).

— Die Sicherstellung der Forderung der Bauhandwerker im schweizerischen ZGB, in Gewerbliche Zeitfragen, Heft 26, Bern 1911 (zitiert: Volmar, Zeitfragen).

— Zur Frage der Fristberechnung beim Bauhandwerkerpfandrecht in ZBJV **50** 578.

Wieland, C., Kommentar zum schweizerischen Sachenrecht, Zürich 1909 (zitiert: Wieland, Kommentar).

— Kann die Eintragung des Pfandrechtes der Bauhandwerker auch einem dritten Erwerber der Liegenschaft gegenüber verlangt werden, in J Z **9** 81.

Windscheid, B., Die Actio des römischen Zivilrechtes vom Standpunkt des heutigen Rechtes, Düsseldorf 1856 (zitiert: Windscheid, Actio).

— Lehrbuch des Pandektenrechtes, 8. Aufl., herausgegeben von Kipp, Frankfurt 1900 (zitiert: Windscheid, Pandekten).

Abkürzungen.

BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896.
Bl Zü R	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
BV	=	Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.
DJZ	=	Deutsche Juristen-Zeitung.
BGE	=	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung.
GVO	=	Verordnung des Bundesrates betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910.
Mschr B Verw R	=	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.
OG	=	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 und seitherige Abänderungen.
OR	=	revidiertes schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911.
Praxis	=	Die Praxis des Bundesgerichtes. Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichtes.
RG	=	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
Sch K G	=	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
J Z	=	Schweizerische Juristenzeitung.
A sten Bull	=	Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung.
VZG	=	Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920.
Z Schw R	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

§ 1.

Einleitung.

I. Eine der bedeutungsvollsten Neuerungen im Gebiete unseres Privatrechtes brachte das ZGB mit seinen Bestimmungen betreffend das gesetzliche Pfandrecht der Bauhandwerker und Unternehmer, Art. 837—841. Nach hartem und langem Kampfe von seiten der interessierten Bevölkerungsteile, insbesondere dem schweizerischen Gewerbeverein als Vertreter der Bauhandwerker, für die Schaffung von Bestimmungen im neuen Zivilrecht, welche den Schutz der Bauhandwerker und Unternehmer vor den Nachteilen schwindelhafter Bauspekulationen bezweckten, sind die Artikel in ihrer heutigen Form im Gesetze aufgenommen worden.

Es ist nun nicht der Zweck vorliegender Arbeit, eine Darstellung der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen des ZGB zu geben; ebensowenig ist es ihr Zweck, eine Schilderung zu bringen all der Formen schwindelhafter Bauspekulationen, welche zu wiederholten grossen Verlusten der Bauhandwerker und Unternehmer geführt haben. Beides ist in einer reichen Zahl von Arbeiten wissenschaftlicher oder propogandistischer Art bereits verschiedentlich getan worden [1]). Ebensowenig wollen wir mit dieser Arbeit eine eingehende Darlegung des Gesetzes bringen. Kommentare, Dissertationen und Flugschriften aller Art stellen sich als gründliche Erörterungen

[1]) Vgl. u. a. die Arbeiten von Meili, Egger, Prof. Egger August, Streuli, Karrer, Regamey, Boos-Jegher, Hellmüller, Huber, Grundpfandrecht 25 u. a. m.

Für die deutschen Verhältnisse verweisen wir namentlich auf die Arbeit von Freese.

des Gesetzes dar, so dass es nur hiesse, schon mehrmals Dargebrachtes hier zu wiederholen [1]).

Vielmehr will sich die vorliegende Arbeit mit den verschiedenen Kontroversen beschäftigen, deren Entstehung unser Institut zur Folge hatte, und die bereits mehrfach zu Äusserungen in Schriften und Gerichtsurteilen Anlass gegeben haben. Besonders soll eingehend zu der Frage nach der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes Stellung genommen werden, einer Frage, die für die praktische Bedeutung unseres Institutes von ausserordentlicher Wichtigkeit ist und die eine besondere Betrachtung sehr wohl verdient.

In zweiter Linie soll sich die Arbeit einer Untersuchung des Verhältnisses zwischen Baugläubigerpfandrecht und Baukredit widmen, und hier möge ganz speziell die Stellung des bei der Erteilung von Baukrediten heute fast allgemein tätigen Treuhänders eingehend untersucht werden. Es ist diese Person des Treuhänders dem Gesetze nirgends bekannt, sondern ein reines Produkt der Praxis, weshalb über seine rechtliche Natur noch grosse Unklarheit herrscht. Einiges zur Umschreibung dieses Treuhänders beizutragen, wird der Zweck dieser Arbeit sein.

II. Zur Systematik der ganzen Arbeit möge bemerkt werden, dass eine Zweiteilung des Stoffes vorgenommen wurde. Der erste Teil wird sich mit der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes beschäftigen und neben den darauf bezüglichen Untersuchungen vor allem die Folgen betrachten, welche die von uns vorgeschlagene Lösung auf die anderen Bestimmungen des Baupfandrechtes, besonders die verfahrensrechtlichen, hat. Letztere werden also nur soweit zur Darstellung gelangen, als ihre Gestaltung direkt von der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes abhängig ist. Im zweiten Teil endlich sollen Baukredit und Treuhänder ihre Betrachtung finden.

[1]) Vgl. die Arbeiten von Wieland, Leemann, Stahel, Schneebeli, Bise, Schmitz, Müller, Volmar, Scheidegger u. a. m.

I. Teil.

Die rechtliche Natur des Baugläubigerpfandrechtes.

1. Abschnitt.

Die gesetzlichen Grundpfandrechte des ZGB.

§ 2.

Unterschied zwischen gesetzlichen und andern Grundpfandrechten.

I. Allgemeines.

Im ZGB finden wir den Grundsatz vertreten, dass dingliche Rechte an Grundstücken nur auf dem Wege der Eintragung in ein öffentliches Register, das Grundbuch, zur Entstehung gelangen können. Es ist dies das sogenannte Eintragungsprinzip oder die negative Rechtskraft des Grundbuches. Notwendige Voraussetzung desselben ist, dass sämtliche Grundstücke in einem öffentlichen Register verzeichnet sind und alle auf die Grundstücke bezüglichen dinglichen Rechte in bezug auf ihre Entstehung, Veränderung oder Untergang dort angemerkt werden können. Diesem Zwecke dient in unserem Rechte das Grundbuch, welches in den Art. 942—977 ZGB und Art. 38—48 Schlusstitel zum ZGB seine Regelung findet. Die Bedeutung des Eintragungsprinzipes liegt darin, dass für die Begründung, Änderung, Wirkung und Tilgung von dinglichen Rechten an Grundstücken die Eintragung in ein Grundbuch notwendig ist. Das Recht entsteht, verändert oder verschwindet erst mit dem Momente der Eintragung, dem somit konstitutive

Wirkung zukommt. In seiner Absolutheit bedeutet dieser Grundsatz, dass kein dingliches Recht an Grundstücken entstehen, verändern oder verschwinden kann, ohne diesbezüglichen Eintrag im Grundbuch.

Allein dieser Grundsatz der negativen Rechtskraft des Grundbuches oder das Eintragungsprinzip findet im ZGB keine absolute Anerkennung. Was das ZGB kennt, ist vielmehr ein sogenanntes relatives Eintragungsprinzip; grundsätzlich gilt danach, dass jede Begründung, Veränderung oder Tilgung dinglicher Rechte an Grundstücken der grundbuchlichen Behandlung bedarf. Aber es gibt Fälle, in denen Rechtswirkungen eintreten, d. h. dingliche Rechte zur Entstehung gelangen, ohne dass ein Eintrag im Grundbuch dafür notwendig wäre. So wird z. B. Eigentum ohne Eintragung erworben in den Fällen von Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung und richterlichem Urteil (Art. 656 Al. 2 ZGB), oder es entsteht die Dienstbarkeit von äusserlich wahrnehmbaren Leitungen für Wasser, Gas, elektrische Kraft und dergleichen mit dem Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages und der Erstellung der Leitungen ohne Eintrag im Grundbuch (Art. 676 Al. 3 ZGB) oder endlich haben wir eine Reihe von gesetzlichen Grundpfandrechten, die für ihre Existenz keiner grundbuchlichen Behandlung bedürfen (Art. 808 Al. 3, 810 Al. 2 u. a. m.).

Art. 971 ZGB kennt eben nur ein relatives Eintragungsprinzip, d. h. es fordert Eintragung als Voraussetzung für die Existenz dinglicher Rechte nicht allgemein, sondern nur in gesetzlich bestimmten Fällen, «soweit für die Begründung eines dinglichen Rechtes die Eintragung in das Grundbuch vorgesehen ist». Prinzip aber ist, dass Eintragung verlangt wird.

II. Unterschiede bei der Entstehung.

Sehen wir von den unter I erwähnten Ausnahmen vom Eintragungsprinzip ab und betrachten wir den normalen Fall der Entstehung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück.

Damit ein Grundbucheintrag erwirkt werden kann, bedarf es der Beibringung gewisser Ausweise. Art. 965 Al. 1 ZGB verlangt einen Ausweis über das Verfügungsrecht und einen solchen über den Rechtsgrund [1]). Der Artikel definiert den Ausweis über das Verfügungsrecht als den Nachweis, dass der Gesuchsteller die nach Massgabe des Grundbuches verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat, und den Ausweis über den Rechtsgrund als den Nachweis, dass die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist.

Bei den Grundpfandrechten nun, mit denen allein wir uns hier zu beschäftigen haben, unterscheidet das ZGB für die Entstehung zwei Arten von Rechtsgründen. Es verlangt nämlich im Prinzip den Abschluss eines öffentlich beurkundeten Vertrages zwischen Schuldner und Gläubiger, Art. 799 Al. 2. Anderseits kennt das ZGB eine Reihe von Fällen, wo Grundpfandrechte entstehen, ohne dass es dabei des Abschlusses eines öffentlich beurkundeten Vertrages bedürfte. Der Rechtsgrund für deren Entstehung liegt dafür in einer bestimmten positiven Gesetzesvorschrift. Wenn die Voraussetzung derselben erfüllt sind und anderseits der Ausweis über das Verfügungsrecht erbracht ist — denn des letztern bedarf es natürlich trotzdem —, so kann die Eintragung des Grundpfandrechtes im Grundbuch verlangt werden. Diese Grundpfandrechte sind die sogenannten gesetzlichen, mit deren Betrachtung wir uns im folgenden allein beschäftigen wollen.

Bei den gesetzlichen Grundpfandrechten hinwiederum unterscheiden wir zwei Kategorien. Nämlich einesteils solche, für deren Existenz es der Eintragung in das Grundbuch bedarf, wie dies bei den vertraglichen Grundpfandrechten immer der Fall ist. Andernteils aber solche, für deren Begründung keine Eintragung in das Grundbuch notwendig ist, die

[1]) Vgl. dazu die Ausführungen von Gerstle auf 98 und 106, der den Rechtsgrund definiert als den juristischen Tatbestand, welcher einen Anspruch auf grundbuchliche Verfügung begründet.

vielmehr immer durch das Gesetz entstehen und existent werden, wenn die von ihm aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. In diesem Moment gelangen sie stillschweigend, ipso iure, zur Entstehung, ohne irgendwelche grundbuchliche Behandlung. Diese Entstehungsart stellt sich somit als eine der unter I. erwähnten Ausnahmen von der negativen Rechtskraft des Grundbuches dar.

III. Unterschiede im Inhalt.

Es ist nunmehr die Frage zu untersuchen, ob dadurch, dass einerseits die gesetzlichen und die gewöhnlichen vertraglichen Grundpfandrechte auf ganz verschiedene Art entstehen, indem bei den gesetzlichen Grundpfandrechten der Rechtsgrund der Entstehung im Gesetz und nicht in einer vertraglichen Abmachung zu suchen ist, und dass anderseits auch bei den gesetzlichen Grundpfandrechten das Verfahren der Entstehung ganz verschieden ist, indem einige derselben ohne Grundbucheintrag zur Existenz gelangen, während ein solcher bei andern notwendig ist, sich nicht auch gewisse Unterschiede im Inhalt und in den Wirkungen bei den gesetzlichen Grundpfandrechten zeigen gegenüber den gewöhnlichen durch Vertrag entstandenen. Wir können indessen bereits hier sagen, dass ganz unabhängig von der Art der Entstehung alle Grundpfandrechte in ihrem Inhalte gleich sind, seien sie nun durch Vertrag oder Gesetz, mit oder ohne Grundbucheintrag entstanden. Immer entsprechen die gesetzlichen Grundpfandrechte den Formen der Grundpfandverschreibung, des Schuldbriefes oder der Gült; die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen finden auf sie volle Anwendung. Das ZGB kennt keine andern Arten von Grundpfandrechten als die drei erwähnten [1]). Wir verweisen im übrigen auf das unter II. des folgenden Paragraphen Gesagte, wo wir Gelegenheit haben werden, festzustellen, dass die gesetzlichen Grundpfandrechte immer Grundpfandverschreibungen sind.

[1]) Vgl. Art. 793 ZGB.

§ 3.

Die gesetzlichen Grundpfandrechte im allgemeinen.

I. Arten der gesetzlichen Grundpfandrechte.

Wir wollen in diesem Paragraphen eine kurze Übersicht der gesetzlichen Grundpfandrechte des ZGB bringen. Dabei unterscheiden wir zwei Gruppen derselben, je nachdem für ihre Entstehung Eintragung im Grundbuch verlangt ist oder nicht.

a. Grundpfandrechte ohne Eintragung.

Wir können hier wiederum zwei Kategorien unterscheiden, nämlich Grundpfandrechte auf Grund des ZGB und solche auf Grund des kantonalen Rechtes. Nach der Ansicht von Curti [1]) haben indessen die letztern ihren Ursprung mittelbar auch im ZGB, indem dieses eben einen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechtes enthält.

a. Grundpfandrechte nach ZGB.

1. In erster Linie kommen hier die Sicherungsbefugnisse der Gläubiger bei Wertverminderung des Unterpfandes in Betracht. Das ZGB unterscheidet dabei die beiden nachgenannten Fälle der durch den Pfandeigentümer verschuldeten Wertverminderung und derjenigen ohne Schuld des Eigentümers.

Den ersten Fall behandelt Art. 808 ZGB. Neben andern in diesem Artikel dem Gläubiger gegebenen Rechten, räumt Al. 3 für die Kosten der vom Gläubiger für die Erhaltung des Unterpfandes getroffenen zweckdienlichen Vorkehrungen demselben ein Pfandrecht ein, das ohne Eintragung im Grundbuch entsteht und allen andern eingetragenen Belastungen vorgeht. Dieses Pfandrecht besteht unabhängig von der Hauptforderung des Gläubigers, kann somit selbständig realisiert

[1]) Kommentar Art. 836 N. 6. Danach resultiere aus Art. 6 ZGB noch nicht das Recht für eine öffentlich-rechtliche Forderung ein privates Pfandrecht zu beanspruchen.

werden; auch ist es nicht notwendig, dass die Vorkehrungen von Erfolg begleitet waren, es genügt, wenn ihre Anordnung zweckdienlich war.

Den zweiten Fall finden wir in Art. 810 ZGB. Auch hier handelt es sich um eine Wertverminderung des Grundstückes, aber sie ist vom Eigentümer unverschuldet. Deshalb hat der Gläubiger neben andern Rechten auch ein Pfandrecht für die Kosten seiner Vorkehrungen zur Beseitigung oder Abwehr der Wertverminderung, analog dem Fall von Art. 808 Al. 3 ZGB, allein diesmal ohne Schuldpflicht des Eigentümers der Liegenschaft. Dies rechtfertigt sich aus der Tatsache, dass der Eigentümer die Wertverminderung auch nicht verursacht hat. Wir haben also den Fall der reinen Sachhaftung, ähnlich einer Grundlast (Art. 791 Al. 1; 792 Al. 2 ZGB). Aus diesem Grunde besteht für die Forderung keine Verzinslichkeit; es ist eben niemand Schuldner derselben.

2. Gesetzliche Pfandrechte ohne Eintragung finden sich auch in Art. 818, Ziff. 2 und 3 ZGB.

Unter Ziff. 2 haben wir einmal die Betreibungskosten und die Verzugszinse, wobei unter letzterm nur die gesetzlichen Verzugszinse zu verstehen sind (Art. 104 und 105 OR), und nicht etwa vertraglich abgemachte Zinserhöhungen infolge Verzuges, sogenannte Strafzinse. Für die letztern besteht kein gesetzliches Pfandrecht.

Ein gesetzliches Pfandrecht findet sich in gewissem Sinne auch in Ziff. 3, wonach das Grundstück für drei zur Zeit der Konkurseröffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse und den seit dem letzten Zinstage laufenden Zins haftet. Für diese Zinsforderung an und für sich gilt das Eintragungsprinzip, erst mit der Eintragung kann für die Zinse ein Pfandrecht beansprucht werden. Gerade dadurch unterscheidet sich das gewöhnliche Grundpfand von der Maximalhypothek im Sinne von Art. 799 Al. 2 ZGB. Aber durch das Gesetz wird die einmal eingetragene Zinsforderung ihrem Umfange nach bestimmt, und

zwar eben im Umfange von Ziff. 3. Daraus folgt auch, dass zur Begründung dieser Pfandhaftung für die Zinse ein öffentlich beurkundeter Pfandvertrag nicht notwendig ist, sondern blosse Parteivereinbarung genügt [1]). Was den Umfang der Pfandhaftung anbelangt, so ist zu bemerken, dass

---

[1]) Vgl. in diesem Sinne Huber, Sachenrecht 61 Anm. 1; Leemann, J Z **11** 221, Kommentar Art. 799 N. 71; Entscheid des Bundesrates vom 29. Oktober 1912 in J Z **9** 162 ((im Resultat wenigstens übereinstimmend). Zum Teil abweichend Guhl in J Z **10** 249, der die Ansicht vertritt, die Pfandhaftung für Zinse entstehe ohne Eintragung im Grundbuch. Demgegenüber verweist Leemann mit Recht auf den Fall hin, dass eine Hypothek (keine Maximalhypothek) im Grundbuch eingetragen, der Zinsfuss aber nicht angegeben sei. Sind nachgehende Pfandrechte vorhanden und kommt das Grundstück zur Verwertung, so erscheint die erwähnte Hypothek als Maximalhypothek, und, da kein Zinsfuss im Grundbuch eingetragen ist, hat der Gläubiger für seine Zinsforderung kein Pfandrecht, da diese wegen mangelndem Grundbucheintrag nicht pfandversichert ist. Guhl dagegen nimmt an, dass die Zinsforderung als eingetragen gelte und nur den nachgehenden Gläubigern gegenüber von einer Maximalhypothek gesprochen werden könne, im letzten Rang aber immer noch eine Pfandhaftung angenommen werden müsse. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: Auf einem Grundstück lastet eine einfache Hypothek von Fr. 50,000, der Zins von 5 % ist nicht eingetragen. Es folgen weitere Belastungen von Fr. 30,000. Bei der Verwertung ergibt sich ein Resultat von Fr. 90,000. Das übrige Vermögen beträgt Fr. 50,000, die Schulden Fr. 110,000. Nach der Ansicht von Guhl wären die aufgelaufenen Zinse von Fr. 10,000 pfandversichert, aber, da sie nicht eingetragen wurden, erscheint die Hypothek als Maximalhypothek, und die Pfanddeckung der Zinse kann erst an letzter Stelle angenommen werden. Somit würde die Zinsforderung bei Verwertung des Grundstückes noch gedeckt. Nimmt man aber mit Leemann und Huber an, für den nicht eingetragenen Zins bestehe auch keine Pfandsicherheit, so fällt dieser unter die Forderungen V. Klasse, und es ergeben sich Schulden von total Fr. 120,000 bei einem Vermögen von Fr. 60,000 (auf dem Grundstück haften nunmehr nur noch Fr. 80,000). Somit käme der Gläubiger der ersten Hypothek mit der Hälfte seiner Zinsforderungen zu Verlust, d. h. mit Fr. 5000. Wir sehen also, dass neben der im Text erwähnten formellen Bedeutung der Zinsfusseintragung noch eine wichtige materiel-rechtliche Funktion derselben besteht.

nach der Ansicht von Leemann [1]), entgegen derjenigen von Wieland [2]), sich dieselbe für den laufenden Zins vom Tage der Konkurseröffnung oder dem Pfandverwertungsbegehren an erstreckt bis zum Moment der Verwertung, auch wenn dieser Zeitraum mehr als ein Jahr umfasst, somit insgesamt mehr als vier Jahreszinse fällig werden.

3. Endlich finden wir als letzten Fall noch denjenigen von Art. 819 ZGB. Der Pfandgläubiger hat nämlich für Auslagen zur Erhaltung der Pfandsache die gleiche Sicherheit wie für seine Pfandforderung. Zum Unterschied von Art. 808—810 ZGB ist hier eine Wertverminderung des Pfandgegenstandes nicht Voraussetzung für die Geltendmachung des Pfandrechtes, dafür geht dann das Pfandrecht auch nicht allen andern vor, sondern steht im gleichen Range wie die Hauptforderung. Dieses Pfandrecht ist aber vollständig frei und lässt sich selbständig verwerten, unabhängig vom Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptforderung. Auch spielt es keine Rolle, ob es sich bei letzterer um eine Maximalhypothek handelt oder nicht, im Gegensatz zu den unter 2. erwähnten Fällen, wonach bei einer Maximalhypothek kein gesetzliches Pfandrecht für Zinse, Betreibungskosten etc. mehr begründet werden kann.

β. Grundpfandrechte nach kantonalem Recht.

Art. 836 ZGB enthält die Bestimmung, dass auf Grund des kantonalen Rechtes aus öffentlich-rechtlichen oder andern für die Grundeigentümer allgemein verbindlichen Verhältnissen gesetzliche Grundpfandrechte ohne Eintragung im Grundbuch entstehen können, sofern es nicht anders geordnet ist. Es steht also dem kantonalen Recht frei, Eintragung zu verlangen, sei es nun, dass damit das Pfandrecht begründet werden soll, oder, dass die Eintragung nur deklarative Bedeutung hat, oder aber, dass sie als Voraus-

[1]) Leemann, Kommentar Art. 818 N. 11, J Z **11** 222, Praxis **4** 504; Huber, Erl 264 Anm. 1.

[2]) Wieland, Kommentar Art. 818 Bem. 2 *d*.

setzung zur Erhaltung des Pfandrechtes dient, indem das Pfandrecht zwar schon besteht, aber wieder untergeht, wenn nicht innert bestimmter Frist der Eintrag erfolgt. Für welche Art von Ansprüchen das Pfandrecht gegeben ist, bestimmt vollständig das kantonale Recht. Die Einführungsgesetze haben in der Mehrzahl das Pfandrecht für Steuern, Gebühren und Abgaben an Kanton, Gemeinden oder öffentliche Korporationen erteilt. Immer handelt es sich um Leistungen aus öffentlichem Recht, auch wo das Gesetz von andern allgemein verbindlichen Verhältnissen spricht [1]).

Was den Rang und Inhalt dieser Pfandrechte nach Art. 836 ZGB anbetrifft, so sind in deren Bestimmung die Kantone vollständig frei. Wir verweisen im übrigen auf das unter II. dieses Paragraphen Gesagte.

b. Grundpfandrechte mit Eintragung.

1. In erster Linie kommen hier die Pfandrechte von Art. 837 ZGB in Betracht. Das Gesetz bestimmt nämlich:

«Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes besteht:

1. für die Forderung des Verkäufers an dem verkauften Grundstück;
2. für die Forderung der Miterben und Gemeinder aus der Teilung an den Grundstücken, die der Gemeinschaft gehörten;
3. für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder andern Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstücke, sei es, dass sie den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben.

Auf diese gesetzlichen Grundpfandrechte kann der Berechtigte nicht zum voraus Verzicht leisten.»

[1]) Wieland, Kommentar Art. 836 Bem. 2; Leemann, Kommentar Art. 836 N. 1; Brodtbeck 231.

Wir unterziehen nur die unter Ziff. 1 und 2 des Artikels erwähnten Pfandrechte einer kurzen Betrachtung, und nur soweit, als das später zu Ziff. 3 zu Sagende nicht auch für sie gilt. Es handelt sich dabei einmal um das Pfandrecht, das der Verkäufer für seine Kaufpreisforderung an dem Grundstück hat. Natürlich besteht dieses Pfandrecht nur soweit, als der Kaufpreis nicht durch Barzahlung oder andere Art von Wertübereignung entrichtet worden ist. Das gleiche Pfandrecht steht den Gesamt- und Miteigentümern zu, wenn sie das im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Grundstück einem der Gesamt- oder Miteigentümer verkaufen. Nach Art. 237 OR findet Ziff. 1 auch Anwendung auf den Fall des Tausches, wo der eine der Kontrahenten vom andern noch eine sogenannte Tauschaufgabe zu fordern hat.

Unter Ziff. 2 finden sich zwei Fälle, nämlich einmal haben ein Pfandrecht die Miterben, welche ein Erbschaftsgrundstück bei der Teilung einem dritten Miterben übertragen für diejenige Forderung, welche sich als Differenz zwischen der Erbquote des dritten Miterben und dem Werte des Grundstückes darstellt, dann aber hat auch der ausscheidende Miterbe ein Pfandrecht für denjenigen Betrag, der ihm bei der Ausscheidung nicht bar ausbezahlt wurde. In zweiter Linie haben ein Pfandrecht die Gemeinder aus der Auflösung der Gemeinschaft, und zwar auch hier in den zwei soeben bei den Miterben erwähnten Variationen, nämlich einerseits die Gemeinder für ihren Gemeinschaftsanteil bei der Übertragung des Grundstückes an einen einzigen Gemeinder und anderseits ein aus der Gemeinschaft ausscheidender Gemeinder für seinen Anteil. Alle diese Pfandrechte entstehen aber nur, wenn sie innert drei Monaten im Grundbuch eingetragen werden (Art. 838 ZGB). Dabei haben wir es hier mit einer sogenannten gesetzlichen Befristung zu tun [1]), analog der Frist in Art. 839 ZGB, wie überhaupt das

[1]) Vgl. Blumenstein 45, 75 und 83 ff.

dort Gesagte hier auch Geltung hat, weshalb zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen darauf verwiesen wird.

2. Einen dem soeben erwähnten ähnlichen Fall finden wir in Art. 523 OR. Der Pfründer besitzt nämlich ein gesetzliches Pfandrecht an dem Grundstücke, das er dem Pfrundgeber übertragen hat, für seine Pfrundansprüche gleich einem Verkäufer. Deshalb finden die Art. 837 und 838 ZGB Anwendung, da Art. 523 OR eigentlich einen weitern Fall von Art. 837 ZGB darstellt. Auch hier bedarf es aber der Angabe eines bestimmten Maximalbetrages, für welchen Sicherheit geleistet werden muss. Diese Maximalhypothek bestimmt sich nun in erster Linie nach Art. 529 OR. Danach besteht im Konkurse des Pfrundgebers die Forderung des Pfründers in dem Betrage, womit die Leistung des Pfrundgebers dem Werte nach bei einer soliden Rentenanstalt in Gestalt einer Leibrente erworben werden könnte. Dieser Artikel findet im vorliegenden Fall ebensogut Anwendung wie im Konkurse, er hat überhaupt immer dann Bedeutung, wenn es sich um ziffermässige Berechnung der Leistung des Pfrundgebers handelt [1]). Natürlich steht es den Parteien frei, durch vertragliche Abrede einen höhern Betrag als den Wert der gesamten Pfrundleistungen zu bestimmen; allein die Deckung bestünde dann im Falle des Konkurses doch nur im Rahmen von Art. 529 OR [2]). Der Grundbucheintrag und der im Konkurse berechnete Betrag der Forderungen sind eben ganz unabhängig voneinander.

3. Als letzten Fall eines gesetzlichen Grundpfandrechtes finden wir Art. 820 ZGB. Der Eigentümer eines ländlichen Grundstückes hat nämlich im Falle einer Bodenverbesserung für seinen Kostenanteil zur Sicherung seines Gläubigers das Recht, im Grundbuch ein Pfandrecht eintragen zu lassen, das allen andern eingetragenen Belastungen vorgeht. Erfolgt eine solche Bodenverbesserung unter Mitwirkung

[1]) Vgl. Homberger 114; Leemann, Kommentar Art. 838 N. 5.
[2]) Vgl. Mschr B Verw R **12** 176.

öffentlicher Behörden, worunter neben anderm auch die Ausrichtung einer Subvention zu verstehen ist [1]), so wird nach Al. 1 von Art. 820 ZGB das Pfandrecht für die gesamten Kosten erteilt, erfolgt aber keine Ausrichtung einer Subvention, so kann das Pfandrecht nach Al. 2 nur bis zu zwei Dritteln des Kostenanteils eingetragen werden. Auf alle Fälle wird immer eine Mitwirkung der Behörden verlangt, in dem Sinne, als eine Bodenverbesserung nur unter behördlicher Aufsicht erfolgen kann. Im Falle von Al. 1 kommt dazu noch die Ausrichtung einer Subvention, welche im zweiten Falle (Al. 2) unterbleibt. Ein solches Pfandrecht geht allen andern vor, hat aber anderseits nur Bestand, solange es zur Sicherung der Kostenforderung aus der Bodenverbesserung dient, es ist eben eine reine Sicherungshypothek. Für den Fall nun, dass die Forderung getilgt wird, entsteht nicht etwa eine leere Pfandstelle, die anderweitig verwendet werden könnte [2]).

II. Begriff und rechtliche Natur der gesetzlichen Grundpfandrechte.

a. Begriff.

Nachdem wir im vorstehenden die Arten der gesetzlichen Grundpfandrechte kennen gelernt haben, kommen wir dazu, ihren Begriff folgendermassen zu umschreiben: Das gesetzliche Grundpfandrecht ist ein Pfandrecht, das seinen Rechtsgrund in einer speziellen positiven Gesetzesvorschrift findet und infolgedessen für seine Begründung der öffentlichen Beurkundung nicht bedarf.

b. Rechtliche Natur.

1. Wir haben nunmehr zu untersuchen, ob sich die gesetzlichen Pfandrechte als gewöhnliche Pfandrechte dar-

[1]) Leemann, Kommentar Art. 820 N. 7; Rossel & Mentha, Manuel Nr. 1513; a. M. Wieland, Kommentar Art. 820 Bem. 1.
[2]) Leemann, Kommentar Art. 820 N. 13; Guhl in J Z **11** 35.

stellen, d. h. als Grundpfandverschreibung, Schuldbrief oder Gült, und ob sich infolgedessen die denselben entsprechenden Gesetzesnormen unbeschränkt auf die gesetzlichen Pfandrechte anwenden lassen.

Was einmal die gesetzlichen Grundpfandrechte mit Grundbucheintragung anbelangt, so möchten wir uns kurz fassen, da in Abschnitt 2 und § 12 noch eine eingehende Untersuchung ihrer rechtlichen Natur folgen soll. Wir möchten nur bemerken, dass es sich hier um Grundpfandverschreibungen handelt und nie ein Schuldbrief oder eine Gült als gesetzliche Grundpfandrechte in Betracht kommen können. Das ergibt sich aus der ganzen Natur dieser Pfandrechte, indem sie eben Sicherungszwecken dienen, und für diesen Fall hat das ZGB die Grundpfandverschreibung geschaffen [1]); dann aber vor allem auch aus der Stellung dieser gesetzlichen Grundpfandrechte im System des ZGB. Die ganze Regelung findet sich im Abschnitt 2 von Titel XXII und ist betitelt «Die Grundpfandverschreibung». Somit gelten die andern Bestimmungen über die Grundpfandverschreibungen auch für diesen Fall, soweit nicht das Gesetz selber Ausnahmen statuiert, wie z. B. in bezug auf die Errichtung [2]).

Was das gesetzliche Grundpfand von Art. 820 ZGB anbelangt, so handelt es sich auch hier um eine Grundpfandverschreibung, obschon der Artikel nicht im betreffenden Abschnitt steht, was aber nur deshalb der Fall ist, weil es sich um die allgemeinen Bestimmungen über Bodenverbesserungen handelt, die denn auch in den allgemeinen Teil gehören. Vor allen Dingen ist aber hier zu sagen, dass wir es mit einer Sicherungshypothek zu tun haben, als welche nur die Grundpfandverschreibung in Betracht fällt. Es wird ein Pfandrecht errichtet «zur Sicherung des Gläubigers» für den Kostenanteil, das nicht einmal eine bestimmte Pfandstelle schafft. Würde ein Schuldbrief oder eine Gült errichtet, so müsste

[1]) Vgl. u. a. Wieland, Kommentar Art. 793 Bem. 2*a*; Leemann, Kommentar Art. 793 N. 3.
[2]) Schneebeli 97.

im Pfandtitel der Kostenanteil bezeichnet werden, was aber wegen Art. 855 ZGB nicht möglich ist [1]).

Für die gesetzlichen Grundpfandrechte ohne Eintrag im Grundbuch, also die Fälle der Art. 808 Al. 3, 810 Al. 2, 818 Ziff. 2 und 3, 819 und 836 ZGB, ist eigentlich die Frage nach der Pfandrechtsart belanglos, da ohnehin keine Pfandtitel ausgestellt werden. Gerade aus dem letztern Umstand ergibt sich aber, dass von Schuldbrief und Gült überhaupt nicht gesprochen werden kann, und da es sich zudem immer noch um Sicherungshypotheken handelt, so sehen wir nicht ein, warum man diese Pfandrechte nicht als Grundpfandverschreibungen ansehen sollte und somit deren Bestimmungen Anwendung finden, soweit es überhaupt praktisch von Bedeutung sein kann.

2. Zum Schlusse dieses Paragraphen müssen wir noch kurz auf die Frage der Verjährung eintreten. Art. 807 ZGB bestimmt, dass Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist, keiner Verjährung unterliegen. Leemann [2]) vertritt die Ansicht, dass diejenigen Grundpfandrechte, welche ohne Eintragung Bestand haben, der Verjährung unterliegen. Wir glauben nicht, dass diese Ansicht richtig ist, indem eben diese gesetzlichen Pfandrechte als eingetragen zu gelten haben und somit alle mit der Eintragung entstehenden Folgen auch für sie von Bedeutung sind. Warum nun aber gerade die Bestimmungen der Unverjährbarkeit nicht gelten sollen, ist nicht einzusehen. Dass der Wortlaut des Gesetzes dafür sprechen soll, ist nur scheinbar richtig, indem diese gesetzlichen Grundpfandrechte kraft gesetzlicher Präsumption als eingetragen gelten. Übrigens macht Leemann selbst eine Ausnahme, indem er Art. 818 Ziff. 2 und 3 nicht erwähnt, woraus man schliessen muss, dass für diese Fälle auch die Unverjährbarkeit gelte. Somit würde er hier mit

[1]) Leemann, Kommentar Art. 820 N. 12; a. M. Rossel & Mentha, Manuel Nr. 1514, welche auch die Errichtung von Schuldbriefen und Gülten zulassen wollen.

[2]) Kommentar Art. 807 N. 7.

Wieland übereinstimmen, der im Falle von Ziff. 3 in dem Momente die Verjährungsfrist laufen lässt, da für die Zinse keine Pfandhaft mehr besteht [1]). Aus dieser letztern Tatsache ist im übrigen zu schliessen, dass Wieland offenbar auch für alle andern Fälle gesetzlicher Pfandrechte die hier geäusserte Ansicht vertritt. Lienhard [2]) dagegen ist der Ansicht, dass im Grundbuch nicht eingetragene Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, also z. B. Zinse im Sinne von Art. 818 Ziff. 3 ZGB der Verjährung nicht unterliegen. Allerdings ist dabei zu bemerken, dass Lienhard diese Äusserung vor dem Erlass des ZGB getan hat.

§ 4.

Das Pfandrecht der Bauhandwerker und Unternehmer.

I. Den für uns hier wichtigsten und in der Folge allein zu betrachtenden Fall eines gesetzlichen Grundpfandrechtes enthält Ziff. 3 von Art. 837 ZGB, nämlich das Pfandrecht der Bauhandwerker und Unternehmer. Dieser Artikel bestimmt:

«Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes besteht:

3. für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder andern Werken an einem Grundstücke Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstücke, sei es, dass sie den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner haben.»

Es ist nicht Zweck dieser Arbeit, darzustellen, welche Gründe den Gesetzgeber zur Schaffung eines besondern gesetzlichen und nach verschiedener Hinsicht mit Privilegien versehenen Pfandrechtes der Bauhandwerker und Unternehmer veranlasst haben; dies alles ist bereits verschiedent-

[1]) Wieland, Kommentar Art. 807.

[2]) 526.

lich getan worden, sei es in Darstellungen der Liegenschaftskrisen als Folge von schwindelhaften Bauten, sei es in Schriften, welche die Machenschaften aufdeckten, die ersonnen worden waren, um den Bauhandwerkern den Lohn für ihre Arbeit zu entziehen, seien es geschichtliche Darstellungen der gesetzgeberischen Versuche, die man unternommen hatte, um all den Schwindeleien einen gesetzlichen Riegel vorzuschieben, oder endlich Vergleiche mit den Verhältnissen in andern Ländern und deren legislativen Massnahmen. Juristen und Praktiker, solche aus Handwerkerkreisen oder Kapitalgeber und Grundeigentümer, haben sich mit unserer Frage viel und eingehend beschäftigt. Was im folgenden gegeben werden soll, ist eine rein juristische Untersuchung, die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur des Pfandrechtes der Bauhandwerker und Unternehmer.

II. In der Praxis spricht man allgemein von «Bauhandwerkerpfandrecht». Dabei braucht das Gesetz selber den Ausdruck nirgends, sondern wendet vielmehr Umschreibungen dafür an, wie «gesetzliches Grundpfandrecht der Handwerker und Unternehmer» (Art. 837 Al. 1 Ziff. 3), oder «Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer» (Art. 839 Al. 1), oder «gesetzliche Pfandrechte der Handwerker und Unternehmer» (Art. 840). Daraus ersehen wir, dass der Ausdruck «Bauhandwerkerpfandrecht» auf keinen Fall einen bestimmten Begriff des Gesetzes darstellt, sondern vielmehr eine in der Praxis allgemein gebräuchliche Umschreibung für das in den Art. 837—841 ZGB behandelte Rechtsinstitut ist. Dabei ist dieser Ausdruck nicht einmal genau, indem nur von Handwerkern die Rede ist, während das gleiche Recht doch auch den Unternehmern zusteht. Es wäre somit richtiger, wenn man von Baugläubigerpfandrecht sprechen würde, welches Wort in seiner allgemeinen Bedeutung Handwerker und Unternehmer zusammen umfasst. Es ist aber fraglich, ob sich eine solche Ausdrucksweise heute noch einbürgern wird, nachdem während mehr als zehn Jahren der Ausdruck «Bauhandwerkerpfandrecht» überwiegend Anwendung fand, wenn er auch vollständig gleichbedeutend ist wie die Wendung «Baupfandrecht» und «Baugläubigerpfandrecht». Es mögen denn auch im folgenden die Ausdrücke beliebig Anwendung finden. Immerhin werden wir vorwiegend den Ausdruck «Baugläubigerpfandrecht» verwenden und dementsprechend schlechtweg von «Baugläubigern» reden, worunter wir Bauhandwerker und Unternehmer verstehen, im Gegensatz zu den andern Pfandgläubigern, welche wir kurz «Pfandgläubiger» nennen möchten.

III. Wir haben oben in § 3 gesehen, dass es zweierlei gesetzliche Grundpfandrechtsarten gibt, nämlich solche, für deren Entstehung es der Eintragung im Grundbuch bedarf, welcher Vorgang somit für das dringliche Recht konstitutiv ist, und solche, deren Existenz in dem Moment ihren Anfang nimmt, wo die im Gesetze aufgestellten Bedingungen vollständig vorliegen, ohne dass ein Grundbucheintrag notwendig wäre. Ohne uns länger mit der ganzen Frage zu beschäftigen, haben wir die gesetzlichen Pfandrechte des Art. 837 ZGB, zu welchen also auch das Baugläubigerpfandrecht zählt, zu denjenigen gerechnet, welche erst mit der Eintragung im Grundbuch entstehen.

Nun wurde aber in der Literatur die Ansicht vertreten [1]), das gesetzliche Pfandrecht des Art. 837 ZGB entstehe bereits vor der Eintragung. Die Eintragung selbst habe nur konservatorische Bedeutung, indem das Pfandrecht wieder untergehe, wenn nicht innerhalb der in Art. 839 ZGB erwähnten dreimonatlichen Frist eine Eintragung erfolge. Diese Ansicht, welche anfänglich auch diejenige der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes war [2]), wird heute wohl von niemandem mehr verfochten werden, nachdem sich die erste Appellationskammer des gleichen Gerichtes in einem spätern Urteil der auch hier vertretenen Auffassung ange-

[1]) Stahel 9.
[2]) J Z 9 93.

schlossen hat [1]). Allerdings ist der Appellationshof des Kantons Bern in einem Urteil noch der andern Ansicht [2]); es wird aber mehr als fraglich sein, ob er diese Auffassung mit Rücksicht auf die ihm nunmehr entgegenstehende Praxis des Bundesgerichtes weiterhin verfechten würde [3]).

Die Gründe, welche ausser in dem erwähnten bundesgerichtlichen Urteil in der Literatur [4]) für die konstitutive Bedeutung des Grundbucheintrages angeführt werden, sind denn auch überzeugend.

Bereits in seinen Marginalien zu den Art. 836 und 837 ZGB gibt uns das Gesetz einen Anhaltspunkt für unsere Ansicht, indem es zwischen gesetzlichen Pfandrechten mit und solchen ohne Eintragung unterscheidet. Beiden Fällen ist identisch, dass das Gesetz den Rechtsgrund für das dingliche Recht selbst schafft und es keines Vertrages unter den Parteien bedarf, der auf die Errichtung eines Pfandrechtes hinzielte; das Gesetz selbst gibt den Grund für das Pfandrecht. Während aber bei Art. 836 ZGB wie in den in § 3 erwähnten Fällen der Art. 808 Al. 3, 810 Al. 2, 818 Ziff. 2 und 3 und 819 ZGB bei Vorliegen der vom Gesetze verlangten Voraussetzungen das Pfandrecht ohne weiteres entsteht, bedarf es im Falle des Art. 837 ZGB, wie übrigens auch in denjenigen von Art. 820 ZGB und Art. 523 OR eines besondern das Pfandrecht begründenden Aktes, der Eintragung in das Grundbuch. Das Gesetz gibt uns in Art. 837 ZGB nur den Titel, den Rechtsgrund, zur Schaffung des Pfandrechtes, oder, wie das Gesetz selber sagt, «den Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes». Dabei wäre es allerdings richtiger, wenn man von «gesetzlichem Anspruch auf

[1]) J Z **10** 207.
[2]) J Z **11** 43.
[3]) Praxis 4 Nr. 25.
[4]) Vgl. Huber, Erl 277; Leemann, Kommentar Art. 837 N. 14; J Z **9** 84; Wieland, Kommentar Art. 837 Bem. 1; Rossel & Mentha Nr. 1557 *d*; Huber, Sachenrecht 65; Schneebeli 24; Tuor 473; Scheidegger 1.

Errichtung eines Grundpfandes» reden würde und nicht von «Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes». Immerhin verlangt auch der geltende Wortlaut, dass, wenn ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes gegeben wird, dieses Grundpfand nicht schon vorher entstanden sein kann. Es wäre zum mindesten unlogisch, von einer Errichtung zu sprechen, wenn das zu Errichtende bereits besteht.

Wenn trotz diesem logischen Widerspruch verschiedene Gerichte die Ansicht vertreten haben, das Pfandrecht des Art. 837 ZGB entstehe bereits vor der Eintragung, so geschah dies aus dem Bedürfnis heraus, dem in Art. 837 ZGB den Baugläubigern eingeräumten Anspruch dingliche Wirkung zu geben. Dass es dazu dieser der Logik widersprechenden Konstruktion gar nicht bedarf, werden wir unten sehen.

2. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Baugläubigerpfandrechtes.

§ 5.

Das Verhältnis zwischen dem Pfandrecht und dem Anspruch auf Errichtung desselben.

I. Wir haben im vorstehenden immer ganz allgemein von Baugläubigerpfandrecht gesprochen. Wir müssen uns aber klar sein, dass wir es hier mit einem allgemeinen Begriff zu tun haben, der sich als die Bezeichnung für ein Institut des ZGB darstellt. Aus diesem Institut fliessen eine ganze Reihe subjektiver Rechte für die betreffenden Personen, d. h. für die Baugläubiger, die alle neben dem eigentlichen Pfandrecht unter den weitern Begriff des Baugläubigerpfandrechtes zu subsumieren sind. Wir haben einmal den Anspruch auf Errichtung des Baugläubigerpfandrechtes, dann das begründete Pfandrecht als solches, d. h. das subjektive Recht auf Befriedigung aus dem Wert des Unterpfandes im Falle, dass die pfandversicherte Forderung vom Schuldner nicht gedeckt

wird, und endlich das mit dem Pfandrecht verbundene Anfechtungsrecht nach Art. 841 ZGB, welches sich als das dritte der aus dem Institut des Baugläubigerpfandrechtes fliessenden subjektiven Rechte darstellt.

Wenn wir uns somit die Aufgabe gestellt haben, die rechtliche Natur des Baugläubigerpfandrechtes ganz allgemein zu untersuchen, so müssen wir uns notwendigerweise mit den einzelnen aus dem ganzen Institut resultierenden Rechten beschäftigen.

Wenden wir uns zuerst dem «Anspruch auf Errichtung» zu, wie ihn Art. 837 ZGB geschaffen hat, und untersuchen wir seine rechtliche Natur. Dabei müssen wir uns aber bewusst sein, dass mit der Stellung dieser Frage zum Teil auch diejenige nach der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes überhaupt gestellt wird, indem sich die beiden eben nicht scharf voneinander scheiden lassen. Denn eine wesentliche Eigenschaft des Baugläubigerpfandrechtes äussert sich eben in der Eigenart dieses Anspruches. Ist das Pfandrecht einmal eingetragen, so unterscheidet es sich in nichts mehr von einem gewöhnlichen Grundpfandrecht, abgesehen von dem mit seiner Existenz verbundenen Anfechtungsrecht. Je nachdem wir der einen oder der andern der in Doktrin und Praxis über die rechtliche Natur des erwähnten Anspruches vertretenen Ansichten beistimmen, geben wir dem ganzen Baugläubigerpfandrecht auch bereits einen bestimmten Charakter. Wenn wir die Natur des Anspruches umschreiben und die berechtigten und verpflichteten Personen feststellen, charakterisieren wir bis zu einem gewissen Grade bereits das Baugläubigerpfandrecht als solches, nämlich soweit es die durch dasselbe berechtigten und verpflichteten Personen betrifft. Was wir damit noch nicht umschrieben haben, ist die Natur und der Inhalt des einmal errichteten Pfandrechtes, abgesehen von den dabei beteiligten Personen. Nicht berührt wird vor allem auch die Frage nach der rechtlichen Natur des in Art. 841 ZGB statuierten Anfechtungsrechtes. Die Frage aber nach der rechtlichen Natur

des in Art. 837 ZGB erwähnten Anspruches und diejenige nach der rechtlichen Natur des Pfandrechtes können nicht voneinander getrennt werden, sie beziehen sich beide in gewissem Sinne auf den gleichen Gegenstand. Trotzdem sind aber Anspruch und Pfandrecht keineswegs identisch, beide sind vielmehr auseinanderzuhalten, wie wir es am Anfang dieses Paragraphen getan haben.

Daraus ergibt sich vor allem wiederum ein Beweis für die Unhaltbarkeit der Ansicht, dass das Pfandrecht nach Art. 837 ZGB bereits vor seiner Eintragung Bestand habe. Wäre dies der Fall, so müsste der Ausdruck «Anspruch» gleichbedeutend sein wie das Pfandrecht selbst. Beide würden somit das dingliche Recht darstellen. Es bestünde nur die einzige Einschränkung, dass dieses dingliche Recht wieder untergehen würde, wenn nicht binnen der in Art. 839 ZGB gesetzten Frist Eintragung im Grundbuch erfolgte. Nicht einzusehen wäre aber, warum das Gesetz von einem Anspruch redet, wenn es darunter ein richtiges Pfandrecht verstanden wissen wollte. Das ZGB ist in seiner Terminologie viel zu gründlich, als dass es solche Ungenauigkeiten zuliesse. Es kann eben gar nicht der Wille des Gesetzes sein, Anspruch und Pfandrecht identifizieren zu wollen.

Wenn nun aber der Ausdruck «Anspruch» nicht identisch ist mit dem Grundpfandrecht selbst, so frägt es sich, was wir unter ihm zu verstehen haben. Einen bestimmten Begriff des Gesetzes stellt er ebensowenig dar wie der Ausdruck «Bauhandwerkerpfandrecht». Dafür genügt schon der Hinweis darauf, dass im französischen [1]) und im italienischen [2]) Text ein analoger Ausdruck überhaupt nicht vorkommt. Dies mag uns zugleich als Beweis dafür dienen, dass die Frage nach der rechtlichen Natur des Anspruches eben bis zu einem gewissen

---

[1]) Peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale: 3. les artisans . . . .

[2]) Danno diritto di ottenere la constitutione di un' ipoteca legale: 3. i crediti di imprenditori. . . .

Grade auch die Frage nach der rechtlichen Natur des Pfandrechtes als solches in sich schliesst.

Unter «Anspruch» kann gar nichts anderes verstanden werden, als das Recht, etwas zu tun, etwas zu verlangen. Was das Gesetz in Art. 837 mit seinem Anspruch den Baugläubigern einräumen wollte, ist nichts anderes als ein subjektives Recht, ein Rechtsanspruch. Ziel dieses subjektiven Rechtes ist die Errichtung eines Pfandrechtes. Anspruch ist demnach die positive Umschreibung des aus Art. 837 ZGB fliessenden subjektiven Rechtes [1]). Gerade aus dem französischen und italienischen Text ergibt sich dies noch viel deutlicher, indem dort etwas dem Ausdruck «Anspruch» Entsprechendes durchaus fehlt. «Peuvent requérir» heisst es im französischen und «danno diritto» im italienischen Text, was für uns gleichviel bedeutet wie «haben ein Recht», «können verlangen» oder eben «besteht ein Anspruch». Daraus folgt, dass «Anspruch» im Sinne von Art. 837 ZGB sich darstellt als das subjektive Recht, das mit dem Begriff «Baugläubigerpfandrecht» verbunden ist, und das auf dessen Errichtung hinzielt, als solches aber bereits zum Teil den Inhalt des Pfandrechtes darstellt, nämlich das Recht auf Errichtung, von dem aber streng zu scheiden ist, der eigentliche Inhalt des errichteten Baugläubigerpfandrechtes und vor allem auch das daraus fliessende Anfechtungsrecht nach Art. 841 ZGB, welches nur im weitern Sinne auch unter den Begriff des Baugläubigerpfandrechtes fällt. Fragen wir uns also nach der rechtlichen Natur des «Anspruches», so schliesst diese Frage zum Teil auch diejenige nach der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes überhaupt in sich.

II. Der Rechtswissenschaft sind nunmehr zwei Arten von subjektiven Rechten bekannt, nämlich solche persönlicher und solche dinglicher Natur. Für uns muss also in erster Linie die Frage entschieden werden, ob das in Art. 837 ZGB statuierte subjektive Recht, der Anspruch, persönlicher

[1]) Vgl. dazu Schneebeli 28.

oder dinglicher Natur sei. Dies ist von eminent wichtiger Bedeutung für unser Institut, und wir möchten fast sagen, dass die ganze praktische Wirksamkeit desselben zu einem grossen Teil vom Entscheid in dieser Frage abhängt. Je nachdem wir nämlich dem Anspruch aus Art. 837 ZGB dingliche oder zum mindesten dinglich wirkende oder bloss persönliche Kraft zuschreiben, kann dieser Anspruch, dieses subjektive Recht, auch einem spätern Erwerber des Grundstückes oder der Konkursmasse des Grundeigentümers gegenüber geltend gemacht werden oder nicht. Es ist wohl nicht zu verwundern, wenn gerade in bezug auf diese Frage in der Literatur und in der Gerichtspraxis die verschiedensten Ansichten vertreten worden sind. Nicht einmal in unserem höchsten Gerichtshof scheint in bezug auf diese Frage volle Einheit zu herrschen, indem die II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes am 18. November 1914 [1]) entschied, der Anspruch aus Art. 837 ZGB sei persönlicher Art, könne somit weder dem spätern Erwerber des Grundstückes noch der Konkursmasse gegenüber geltend gemacht werden, während die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes in einem Entscheid vom 23. September 1915 [2]) die Ansicht vertritt, der Anspruch sei insoweit nicht persönlicher Natur, als er kein Recht gebe auf Anwendung von Art. 59 BV, d. h., dass Gerichtsstand für die Geltendmachung dieses Rechtes der Ort der gelegenen Sache sei und nicht der Wohnort des Schuldners.

§ 6.

Persönliche und dingliche Rechte im allgemeinen [3]).

I. Von dinglichen Rechten reden wir im allgemeinen dann, wenn sich ein Recht auf einen körperlichen Gegenstand der Aussenwelt, eine Sache bezieht. Es gibt aber auch per-

[1]) BGE **40** [2] 452 (auch Praxis 4 Nr. 25).
[2]) BGE **41** [2] 284 (auch Praxis 4 Nr. 195).
[3]) Vgl. zum folgenden: Huber, Sachenrecht 33, dessen Ausführungen wir im allgemeinen folgen.

sönliche Rechte, deren Gegenstand eine Sache bildet, z. B. die Miete. Wir sehen also, dass die Beziehungen zwischen Recht und Sache doppelter Art sein können. In den einen Fällen ist dieses Verhältnis die Folge einer besondern zwischen bestimmten Personen bestehenden rechtlichen Beziehung, deren Wirkung direkt nur unter diesen Personen bestehen. Das ganze Verhältnis hat bloss relativen Charakter. In andern Fällen ist dieses Verhältnis zwischen Person und Sache ganz unabhängig von Beziehungen zwischen der Berechtigten und andern Personen; es bedarf einer solchen Beziehung zu andern Personen gar nicht erst, sondern das Verhältnis wirkt nach den Regeln des objektiven Rechtes jedermann gegenüber, es ist vollständig absolut. Im ersten Fall reden wir von persönlichem, im zweiten von dinglichem Recht, trotzdem in beiden Fällen Beziehungen zu einer Sache vorhanden sind. In einem dinglichen Recht finden sich somit notwendigerweise zwei Elemente: Einmal bedarf es der Beziehung zu einer Sache, und dann muss die Wirkung dieser Beziehung absolut sein, d. h. gegenüber jedermann, ohne dass zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein spezieller Rechtsgrund für ihre Beziehung bestehen müsste. Aus diesem letztern Elemente ergibt sich, dass das dingliche Recht eng verwandt ist mit der Kategorie der absoluten Rechte, ohne dass sich aber die Begriffe dinglich und absolut decken; denn es gibt auch persönliche Rechte, die absolut wirken, z. B. das Recht auf den Namen. Von diesem weitern Begriff der absoluten Rechte stellen die dinglichen nur diejenige Gruppe dar, welche sich auf Sachen bezieht.

II. In Art. 837 ZGB ist von einem Anspruch die Rede. Untersuchen wir, was die Rechtswissenschaft darunter versteht.

Regelsberger definiert den Anspruch als die gegenwärtige Befugnis, von einem andern ein gewisses Tun oder ein Ablassen von einem Tun zu begehren [1]). Rechtsanspruch

[1]) Pandekten 213.

ist nur derjenige Anspruch, welcher mit rechtlichen Mitteln geltend gemacht werden kann. Das vornehmste dieser rechtlichen Mittel ist die Klage, die Geltendmachung vor Gericht im Wege selbständigen Angriffes. Dies ist es, was wir im römischen Rechte actio im formellen Sinne nennen. Actio ist aber bei den Römern auch der mit der Klage verfolgbare Anspruch selbst [1]); wir sprechen dann von actio im materiellen Sinne. Bei einer römischen actio ist die Klagbarkeit mit dem Begriff «actio» untrennbar verbunden, während unser Begriff «Anspruch» nicht immer klagbar zu sein braucht. Wenn er auch rechtlich verfolgbar ist, so kann z. B. ein Anspruch aus einer Naturalobligation nicht durch selbständige Klage, sondern nur auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden. Anspruch und actio sind also Begriffe, die sich nicht zu decken brauchen. Sie können sich aber decken, wenn wir einerseits nur von actio im materiellen Sinne reden und anderseits den Anspruch nur soweit betrachten, als man darunter den klagbaren Anspruch versteht, d. h. den gerichtsfähigen, durch angriffsweise Klage geltend zu machenden Anspruch.

Ebensowenig ist der Anspruch identisch mit dem Privatrecht, wenn auch eine wesentliche Bindung zwischen beiden besteht, die unter Umständen bis zur völligen Deckung der beiden Begriffe führt. Am deutlichsten tritt diese mangelnde Identität bei den absoluten Rechten hervor. Eigentumsrecht und Eigentumsanspruch haben einen verschiedenen Inhalt. Das Eigentumsrecht besteht absolut, gegenüber jedermann; der Eigentumsanspruch dagegen entsteht nur, wenn das Eigentum beschränkt wird, z. B. durch den Besitz der Sache seitens eines andern; dann will man mit dem Eigentumsanspruch wieder das Eigentum herstellen. Durch seine gerichtliche Geltendmachung geht der Anspruch als solcher unter, entsteht aber wieder neu, wenn eine Beschränkung

[1]) Vgl. L. 51 D. 44, 7; Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debatur, iudicio persequendi.

des Eigentumsrechtes erfolgen sollte, er ist eben ein Ausfluss desselben. Es gibt kein Anspruch ohne Recht, keine actio ohne jus [1]).

Ähnlich verhält es sich mit den relativen Rechten; allein der Unterschied ist hier nicht mehr so scharf, indem bereits beim Recht als solchem eine Bezogenheit auf einen Gegner vorliegt. Immerhin erhellt der Unterschied aus folgendem von Regelsberger [2]) erwähnten Beispiel: Ich gebe ein Darlehen, rückzahlbar in drei Jahren. Das Recht aus dem Darlehn entsteht bereits heute, sein Anspruch auf Rückzahlung aber erst in drei Jahren. In dieser Zeit ist der Anspruch latent. Gebe ich aber ein Darlehn, kündbar jederzeit, so fallen Anspruch und Recht zusammen, actio und jus sind dann identisch. Deshalb wird dann auch häufig an Stelle von actio obligatio gesetzt [3]).

Diese Identität zwischen Anspruch und Recht finden wir auch in Art. 837 ZGB, indem dort das Recht auf Er-

[1]) Wir folgen hier den Ausführungen von Regelsberger in seinen Pandekten 214; etwas abweichend ist die Ansicht von Windscheid (Actio des römischen Zivilrechtes 1 ff.). Für diesen ist actio der Ausdruck für den gerichtsfähigen Anspruch und als solcher Ausdruck des Rechtes. Die actio sei nicht ein Ausfluss des Rechtes, sondern anstatt des Rechtes. Allerdings anerkennt er S. 5, dass das dingliche Recht in der actio nicht aufgehe, dass die Beziehungen zwischen Person und Sache nicht durch die actio bestimmt werden, sondern durch das Recht selbst; denn die actio regle nur die Beziehungen zwischen Personen. Wenn wir uns auch der Ansicht Regelsbergers anschliessen, so hat doch diese Kontroverse für uns keine Bedeutung, da in dem hier zu betrachtenden Fall des Art. 837 ZGB Anspruch und Recht, wie wir unten sehen werden, ohnehin zusammen fallen.

[2]) Pandekten 215.

[3]) A. M. ist Hellwig 7. Der Anspruch besteht nach ihm bereits mit Begründung des Darlehnes; der Anspruch ist aber ein solcher auf Erfüllung zu bestimmter Zeit. Hellwig unterscheidet Existenz des Anspruches und die Möglichkeit seiner gerichtlichen Geltendmachung. Dass eine solche Konstruktion des Anspruches keine Identität mit actio bewirkt, ist natürlich klar. Weniger scharf wird dann aber die Scheidung zwischen Anspruch und Recht.

richtung während einer bestimmten Zeit gegeben ist, in dieser Zeit aber besteht auch der Anspruch auf Geltendmachung. Der ganze Inhalt des Rechtes erschöpft sich in diesem Anspruch. Anders beim einmal errichteten Pfandrecht; der Anspruch auf Verwertung des Unterpfandes z. B. entsteht noch lange nicht mit dem Pfandrecht als solchem, sondern erst, wenn die Forderung nicht bezahlt wird. Sind Anspruch und Recht auf Errichtung in Art. 837 ZGB identisch, so ist damit noch nicht gesagt, ob der Anspruch dinglich oder persönlich sei. Um dies feststellen zu können, müssen wir uns nochmals dem Begriff der actio zuwenden.

Wir haben gefunden, dass unter actio im materiellen Sinne die Befugnis zu verstehen ist, seinen Willen auf dem Wege gerichtlicher Verfolgung durchzusetzen. Actio ist der Ausdruck des Rechtes, der Rechtsanspruch, der gerichtsfähige Anspruch. Wir haben soeben dargetan, dass im Falle des Art. 837 ZGB Anspruch und Recht identisch seien. Wenn somit im römischen Recht actio in personam und actio in rem unterschieden wird, so ist dies gleichbedeutend wie persönlicher und dinglicher Rechtsanspruch [1]). Was somit in der reichen Literatur über den Begriff der actio alles geschrieben wurde, hat mittelbar auch Bedeutung bei unserer Untersuchung nach der rechtlichen Natur des aus Art. 837 ZGB resultierenden Anspruches [2]). Übereinstimmend wird die actio in personam als die persönliche Klage, als der persönliche, d. h. gegen eine bestimmte Person gerichtete Anspruch, definiert. Unter actio in rem dagegen wird allgemein ein unpersönlicher Anspruch verstanden, der gar nicht immer

[1]) Immer unter der Einschränkung, dass wir nur von actio im materiellen Sinne reden und unter Anspruch den gerichtsfähigen Anspruch verstehen.

[2]) Vgl. über den Begriff der actio: Windscheid actio 1 ff.; derselbe, Pandekten **1** 165; Sohm, Institutionen 317; Dernburg, Pandekten **1** 252; Girard, Geschichte und System des römischen Rechtes 1111 N. 2; Baron, Pandekten 147; Brinz, Pandekten **1** 268; Puchta, Pandekten 121.

einem dinglichen Rechte entspringen muss, sondern ebensogut die Folge eines Familien-, Personen- oder Erbrechtes sein kann. In rem will also nicht sagen, dass der Anspruch dinglich im Sinne von sachbezüglich sei, sondern vielmehr, dass er jedermann gegenüber wirkend, absolut, sei. Aus dem unter I. Gesagten ergibt sich aber, dass damit auch alle dinglichen Ansprüche erfasst sind. Das Charakteristische dieses Anspruches in rem ist nun, dass er sich als Ausfluss eines Rechtes darstellt, das von dauernder und allgemeiner Natur ist und nicht nur auf eine einmalige Leistung geht. Es ist eben ein dingliches Recht. Das Recht aber, welches einer actio in personam zugrunde liegt, erschöpft sich mit dem Momente seiner Geltendmachung. Wird ein persönlicher Anspruch erhoben und dringt man mit ihm durch, so verschwindet das mit ihm geltend gemachte Recht in dem Moment, wo der Anspruch mit Erfolg erhoben worden ist. Wenn ich gegen den Verkäufer einer Sache aus meinem Anspruch aus Kaufsrecht klage, so gehen Anspruch und Recht in dem Moment unter, wo der Verkäufer verurteilt wird, mir die Sache zu übergeben. Zweck des persönlichen Rechtes ist Begründung einer einmaligen Leistungspflicht einer bestimmten Person, z. B. geht auch die Miete auf Einräumung des Gebrauches einer Sache während einer bestimmten Zeit, nachher geht das Recht unter. Anders beim dinglichen Recht. Hier hat das Recht einen dauernden Charakter und ganz allgemeine Wirkungen gegenüber jedermann. Die Klage aus demselben, die actio in rem, erschöpft das ihr zugrunde liegende Recht keineswegs, sondern kann immer erhoben werden, sobald es notwendig ist [1]).

[1]) Vgl. Endemann **2** 1. Abtl. 9 Anm. 8, der sich wie folgt äussert: «Das Schuldverhältnis ist nur Mittel zum Zwecke; ein bestimmter wirtschaftlicher Erfolg soll damit erzielt werden; mit der Erfüllung des darauf gerichteten Leistungsversprechens löst sich das persönliche Verpflichtungsverhältnis auf. — Das Sachenrecht begründet dagegen dauernde Rechtsmacht, die Zweck und Befriedigung in sich selbst einschliesst.»

Dem römischen Recht ist aber noch eine actio bekannt, die von den beiden hier erwähnten Arten gewisse Elemente enthält; es ist dies die actio in rem scripta. Sie entspringt einem Forderungsrecht, ist somit persönlich, d. h. actio in personam. Das Eigenartige bei ihr ist indessen, dass die Person, gegen welche sich der Anspruch richtet, unbekannt ist. Nun bedarf aber jede Obligation zweier Personen, zwischen denen das Rechtsverhältnis besteht, der Anspruch muss gegen jemanden gerichtet sein. Bei der actio in rem scripta wird diese Person dadurch bestimmt, dass sie in einem gewissen Verhältnis steht. Dieses Verhältnis, dieser Zustand aber wird durch das Eigentum, den Besitz oder sonst irgendeine Beziehung zu einer Sache charakterisiert. Die actio in rem scripta richtet sich somit eigentlich gegen eine bestimmte Sache und verpflichtet den jeweiligen Eigentümer oder anderswie an der Sache Berechtigten. Sie ist eine actio in personam; durch die Tatsache aber, dass sich diese Person durch ein bestimmtes Verhältnis zu einer Sache feststellen lässt, erreicht sie einen gewissen Grad von Absolutheit und damit eine Wirkung, die manchmal nahe an diejenige einer actio in rem heranreicht. Die Person nämlich, welche durch ihre Beziehung zu einer Sache bestimmt ist, kann beständig wechseln, indem nacheinander verschiedene Personen in diese Beziehung zu der Sache treten. Beispiele dieser actio in rem scripta sind im römischen Recht die actio quod metus causa, die actio communi dividundi, die actio finium regundorum, die actio ad exhibendum, die actio aquae pluviae arcendae, das interdictum quod legatorum usw.

§ 7.

Rechtliche Natur des Anspruches aus Art. 837 ZGB.

Wir gelangen nun dazu, die rechtliche Natur des in Art. 837 ZGB statuierten Anspruches zu umschreiben und haben uns dabei in erster Linie mit den in bezug auf diese Frage geäusserten Ansichten auseinanderzusetzen.

I. Der Anspruch ist persönlicher Natur.

Aus der Tatsache, dass im Moment, wo dieser Anspruch geltend gemacht wird, das Pfandrecht noch gar nicht besteht, schliessen manche Ausleger des Gesetzes [1]) und mit ihnen das Bundesgericht in einem bereits erwähnten Entscheid [2]), dass dieser Anspruch niemals dinglicher, sondern obligatorischer Natur sei. Der Anspruch richte sich gegen eine ganz bestimmte Person, nämlich den Eigentümer des Grundstückes, auf dem eine neue Baute errichtet worden sei, oder an dessen Baute etwas verändert oder repariert wurde, und zwar nur gegen denjenigen Eigentümer, der den Baugläubigern den Auftrag hierzu erteilt habe und der ihnen dafür auch persönlich hafte. Die Folge dieser Auslegung des Gesetzes ist die, dass der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes innert der dreimonatlichen Frist nur gegenüber dem auftraggebenden Eigentümer verlangt werden kann und niemals gegenüber dessen Konkursmasse oder gar einem spätern Erwerber des Grundstückes.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, soweit sie damit der Auffassung entgegentritt, das Pfandrecht sei bereits vor der Eintragung gültig, die Eintragung selbst habe nur den Zweck, den Untergang des Pfandrechtes nach Ablauf der dreimonatigen Frist zu verhindern. Dass diese Auffassung unhaltbar ist, haben wir oben in § 4 unter III dargetan und brauchen somit hier nicht mehr weiter darauf einzutreten [3]).

Neben dieser Tatsache, dass das dingliche Recht erst mit der Eintragung entsteht, wird zur Begründung der persönlichen Natur des aus Art. 837 ZGB resultierenden Anspru-

[1]) Scheidegger 19; Rossel & Mentha Nr. 1557 *e*; Wieland, Kommentar Art. 837 Bem. 1; Wieland, J Z **9** 83; Curti, Kommentar Art. 837 Anm. 1, Art. 838 Anm. 5; Ostertag, Kommentar Art. 961 N. 4 und 8.

[2]) BGE **40** [2] 452 (auch Praxis 4 Nr. 25); vgl. auch Regierungsrat des Kantons Bern in J Z **18** 273; Tribunal cantonal du canton de Vaud, J Z **17** 125; Luzern, Obergericht in ZBJV **51** 637.

[3]) Vgl. Erw. 2 des erwähnten Entscheides in **40** [2] 452.

ches angeführt, dass die Interessen eines gutgläubigen spätern Erwerbers unbedingten Schutz vor nachträglicher Eintragung von Baugläubigerpfandrechten auf seiner Liegenschaft verlangten. Dies ergebe sich einmal schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Wenn auch die Person des Verpflichteten im Gesetz nirgends direkt bezeichnet werde, so rede dieses doch in Ziff. 3 von Art. 837 vom Grundeigentümer als Schuldner, und als solcher könne nur derjenige in Betracht kommen, der den Baugläubigern den Auftrag zu der Arbeit erteilt habe.

Diese Art der Interpretation übersieht aber, dass lange nicht in allen Fällen der Grundeigentümer Schuldner ist, sondern sehr häufig ein Unternehmer. Schuldner ist der Grundeigentümer dagegen für die Forderungen der Oberakkordanten und der Handwerker, wenn diese direkt mit ihm kontrahieren; nur für diese Fälle bestünde danach die Möglichkeit, den zur Eintragung Verpflichteten in der Person des auftraggebenden Eigentümers festzustellen. Die Unterakkordanten aber, die den Eigentümer gar nicht zu kennen brauchen, können auch von einem dritten Erwerber Eintragung verlangen, denn ihnen gegenüber ist nie der Eigentümer Schuldner und Auftraggeber, sondern immer nur der Unternehmer oder Oberakkordant.

Diese wörtliche Interpretation führt zu einer sicherlich vom Gesetzgeber nicht gewollten Unterscheidung und bloss halbwegs zu dem gewünschten Resultat, indem nur die Oberakkordanten gegenüber spätern Erwerbern des Grundstückes keinen Eintrag verlangen könnten, während es den Unterakkordanten im gleichen Falle möglich wäre, Eintragung ihres Pfandrechtes zu beanspruchen.

Deshalb wird denn auch hauptsächlich noch ein anderes Argument angeführt. Übereinstimmend werde die Ansicht vertreten [1]), dass «es sich bei der Verpflichtung des Eigentümers zur Bestellung eines Baupfandrechtes um eine Art gesetzlicher Haftpflicht handle, die als solche — analog der

[1]) Zürcher Kassationsgericht in J Z **10** 210; BGE **39** [2] 214; Leemann, Kommentar Art. 837 N. 48.

Haftpflicht des Fabrikherrn für die in seinem Betriebe vorkommenden Unfälle — zwar kein Vertragsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, wohl aber eine gewisse kausale Beziehung zwischen dem durch den Haftpflichtigen zu deckenden Schaden einerseits und einem von ihm geschaffenen Zustande anderseits voraussetzt, in dem Sinne, dass der Eigentümer nur für diejenigen Bauforderungen haftet, zu deren Entstehung er durch den Abschluss eines Werkvertrages oder sein sonstiges Verhalten Anlass gegeben hat.» Gerade so wie man den Kausalzusammenhang zwischen der Pflicht zur Duldung von Eintragungen von Baupfandrechten und den berechtigten Forderungen abgelehnt hat für die Fälle, wo sich die Forderungen auf Arbeiten beziehen, für die der Auftrag nicht von seiten des Grundeigentümers erteilt worden sei, sondern von einem ohne Ermächtigung handelnden Dritten, z. B. einem Mieter, oder wo Forderungen von Unterakkordanten denjenigen Preis übersteigen, mit welchem sie bei der Festsetzung des Preises für den ganzen Bau in Rechnung gestellt worden seien, so sei der Kausalzusammenhang auch da abzulehnen, wo man einen Dritterwerber oder die Konkursmasse zur Duldung von Eintragungen verpflichten wolle. Nur vom Eigentümer könne man sagen, dass er die Baugläubiger zur Arbeit veranlasst habe, und nur für ihn hätten somit die haftpflichtähnlichen Bestimmungen Geltung.

Mit Recht bezeichnet Leemann [1]) diese Auslegung als unhaltbar und der gesetzlichen Grundlage entbehrend. Das Gesetz verlange gar nirgends, dass der zur Eintragung verpflichtete Eigentümer die Entstehung der Bauforderung veranlasst haben müsse; der Eigentümer sei schlechthin verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob er Schuldner für die einzutragende Forderung sei [2]). Dieser Argumentation ist

[1]) Kommentar Art. 837 N. 48; ähnlich auch Huber, Sachenrecht 68 Anm. 1.

[2]) A. M. Schneebeli 100, der vielmehr dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid zustimmt; vgl. auch Erw. 6 desselben.

vollständig zuzustimmen, und zwar gilt sie nicht nur für den Fall, dass die Bauforderung von einem Dritten veranlasst worden ist oder die Forderung der Unterakkordanten mehr als vereinbart beträgt, sondern auch für den Fall, dass die Eintragung gegenüber einem Dritterwerber oder der Konkursmasse verlangt wird. In allen diesen Fällen ist der Kausalzusammenhang gegeben; die Voraussetzungen dafür sind eben lange nicht so weitgehend, wie von verschiedener Seite angenommen wurde [1]).

Was speziell noch die Unmöglichkeit der Geltendmachung des Anspruches im Konkurse des Eigentümers anbelangt, so wird für den Fall, wo man auch der Ansicht sein sollte, verpflichtet zur Duldung der Eintragung sei der jeweilige Eigentümer, dem Anspruch aus Art. 837 ZGB also dingliche Wirkung zuerkannt wird, noch folgendes angeführt.

Durch die Konkurseröffnung erhielten die Gläubiger ein Beschlagsrecht am Vermögen des Schuldners. Von diesem Gläubigerrecht seien Vermögensstücke nur so weit ausgenommen, als dingliche Rechte Dritter daran bestünden, also Rechte, die über die Sache bereits eine gewisse Herrschaft einräumten, Rechte, die unmittelbar wirkten und nicht in einem blossen Anspruch gegen einen Verpflichteten oder eine Reihe von beständig wechselnden Verpflichteten auf Bestellung eines Pfandrechtes bestünden. Letzteres sei aber beim Anspruch des Art. 837 ZGB der Fall; dieser gebe ein blosses Recht auf Sicherstellung und noch nicht die Sicherstellung selbst; es sei aber gerade das Wesen der Sicherstellung, dass sie bereits bestehen müsse, wenn der Fall eintreffe, gegen dessen Folgen man sich schützen möchte, nämlich die Zahlungsunfähigkeit des Verpflichteten. Art. 839 ZGB verlange, dass der Schuldner die Forderung anerkenne, für die ein Baupfandrecht eingetragen werden soll; dies verbiete aber das Konkursrecht, indem Art. 198 Sch K G nur bestehende Pfandrechte anerkenne und Art. 200 Sch K G Ver-

[1]) Neben dem erwähnten bundesgerichtlichen Entscheid auch Scheidegger 11.

fügungen des Gemeinschuldners über Massagut als ungültig erkläre.

Diese Ansicht ist unrichtig; die in Art. 839 ZGB erwähnte Anerkennung durch den Gemeinschuldner ist keine Verfügung im Sinne von Art. 204 Sch K G, sondern nur eine Feststellung des Schuldners, dass die Voraussetzungen zur Entstehung eines Baupfandrechtes gegeben sind. Dazu ist der Schuldner verpflichtet; wenn er die Anerkennung nicht vornimmt, kann sie durch ein gerichtliches Urteil ersetzt werden. Die ganze Argumentation beruht auf einer unrichtigen Auffassung über die Bedeutung des Rechtsgrundes. Rechtsgrund, d. h. Entstehungsgrund für das Baupfandrecht ist nicht die Anerkennung desselben durch den Schuldner, sondern der Rechtsgrund liegt im Gesetze selber, wie dies bei den gesetzlichen Pfandrechten immer der Fall ist [1]). Wenn somit die vom Gesetze aufgestellten Bedingungen für die Entstehung des Baugläubigerpfandrechtes vollständig vorhanden sind, ist auch dessen Rechtsgrund gegeben. Was noch fehlt, ist nur die Eintragung im Grundbuch; einer besondern Bewilligung des Grundeigentümers bedarf es nicht mehr; die Eintragung kann vom Gläubiger selbständig herbeigeführt werden. Die in Art. 839 Al. 2 ZGB erwähnte Anerkennung hat nur die Bedeutung einer Feststellung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind; niemals aber hat sie für das Recht irgendwelche konstitutive Wirkung; nicht sie, sondern das Gesetz schafft den Rechtsgrund.

Neben diesen aus der Interpretation des Gesetzes sich ergebenden Gründen sprechen aber auch Erwägungen der Billigkeit und Zweckmässigkeit für die getroffene Lösung. Aus Gründen der Loyalität wird ein Baugläubiger mit der Eintragung seiner Forderung im Grundbuch solange wie nur möglich zuwarten, da eingetragene Baupfandrechte für Dritte immer den Eindruck erwecken müssen, als seien die Forderungen der Bauhandwerker gefährdet. Diese werden sich durch

[1]) Vgl. § 2 II.

Versprechungen des Schuldners leicht veranlasst sehen, mit der Eintragung zuzuwarten und eine eventuelle Bezahlung abzuwarten, besonders schon, um die mit der Eintragung verbundenen Mühen und Kosten zu vermeiden. Gerät nun aber der Schuldner in der Zwischenzeit in Konkurs, so sollen sie gerade deshalb um ihr Recht gebracht werden, weil sie von demselben mit einer gewissen Nachsicht Gebrauch machen wollten. Dies kann unmöglich Sinn und Zweck des Gesetzes sein.

Die Folge einer solchen dem Geiste des Gesetzes widersprechenden Interpretation aber wird sein, dass jeder Baugläubiger seine Forderung im Grundbuch anmelden wird, ganz abgesehen davon, ob dies mit Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners als geboten erscheint oder nicht. Dadurch wird das Grundbuch mit einer Menge im Grunde ganz überflüssiger Eintragungen überlastet werden, wodurch dessen Übersichtlichkeit für den Laien zum mindesten ganz erheblich erschwert wird. Dass aber die Rechte der andern Gläubiger, d. h. der nichtpfandversicherten, durch Geltendmachung eines solchen Pfandrechtes im Konkurse leiden könnten, wie behauptet worden ist, wird wohl niemand glauben. Diese Gläubiger mussten ja immer mit der Eintragung von Baupfandrechten rechnen, schon damals, als mit den Arbeiten begonnen wurde. Gerade durch diese Arbeiten erhielt das Grundstück einen bedeutenden Mehrwert, der in vielen Fällen grösser sein wird, als die Forderung der Baugläubiger.

Wortlaut des Gesetzes und Erwägungen der Billigkeit sprechen somit dafür, dass auf alle Fälle, werde nun dem Anspruch aus Art. 837 ZGB dingliche oder persönliche Wirkung zuerkannt, auch im Konkurse Eintragung von Baugläubigerpfandrechten verlangt werden kann. Kann diese Eintragung aber im Konkurse verlangt werden, so kann sie auch noch nach Bewilligung der Nachlassstundung begehrt werden; Art. 298 Sch K G findet somit nicht Anwendung [1]).

[1]) Vgl. J Z 11 244 Nr. 190.

Ebenso kann die Eintragung begehrt werden, wenn in der Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung das Grundstück bereits gepfändet sein sollte. Immer ist natürlich Voraussetzung, dass die dreimonatliche Frist noch nicht verstrichen ist.

Kehren wir nach diesen Bemerkungen wieder zurück zu unserer Frage nach der rechtlichen Natur des in Art. 837 ZGB statuierten Anspruches und betrachten wir nun noch die Argumente, welche von den Anhängern der persönlichen Natur dieses Anspruches vom Standpunkte der Billigkeit und der Zweckmässigkeit zur Stützung ihrer Ansicht angeführt werden, nachdem wir uns oben mit den Argumenten rein rechtlicher Natur auseinandergesetzt haben.

Vor allem wird nun angeführt [1]), dass infolge der Möglichkeit, Eintragung von Baupfandrechten auch gutgläubigen Dritten gegenüber zu verlangen, der ganze Immobiliarverkehr schwer leiden werde. Es sei dem Käufer einer Liegenschaft unmöglich, zu erfahren, wie viele eventuelle Forderungen von Baugläubigern, Ober- und Unterakkordanten, für Reparaturen, Umbauten, Neuinstallationen etc. bestünden, die alle Anspruch auf ein Pfandrecht hätten. Bei Neubauten gar könne der Wert dieser Forderungen sehr leicht den ganzen Wert des Grundstückes überschreiten. Der Käufer sei darauf angewiesen, den Zusicherungen seines Verkäufers in bezug auf den Bestand der Bauforderungen volles Vertrauen zu schenken. Werde er von diesem getäuscht, so habe er einen blossen Schadenersatzanspruch. Er sei also gezwungen, sich vorher über die Solvenz seines Verkäufers zu erkundigen; dies werde wieder zur Folge haben, dass nur festfundierte Unternehmer mit Erfolg verkaufen könnten. Darunter werden die Baugläubiger selbst zu leiden haben, indem gerade Anfänger nicht immer nur erstklassigen Firmen liefern könnten. Anderseits sei es einem Verkäufer gar nicht möglich, zu wissen, ob alle seine Unterakkordanten auch bezahlt wor-

[1]) BGE **40** ² 452 Erw. 4; J Z **9** 83; Scheidegger 20.

den seien; auch wenn er die entsprechenden Summen seinem Oberakkordanten ausbezahlt habe, wisse er immer noch nicht, ob dieser denn auch die Unterakkordanten befriedigt habe. Wenn dies nicht der Fall sei, müsse er einen Pfandrechtseintrag derselben riskieren; denn sie hätten ja ein selbständiges Pfandrecht. Die Möglichkeit der Kontrolle bestehe für ihn nicht, da er meistens seine Unterakkordanten gar nicht kenne. Dagegen sei wiederum der Fall denkbar, wo ein insolventer Unternehmer und ein Bauhandwerker sich zusammen täten, ein Gebäude erstellten und es einem gutgläubigen Dritten verkauften, um dann sofort Eintragung der Pfandrechte zu verlangen und so den Dritten schwer zu schädigen. Endlich wird noch angeführt, dass Art. 973 ZGB den Schutz der gutgläubigen Dritterwerber eines Grundstückes bezwecke, indem jedermann sich darauf verlassen könne, dass an einem Grundstück nicht mehr Rechte bestünden, als im Grundbuch angeführt seien.

Wir glauben nun aber doch, dass die hier geschilderten Gefahren nicht so bedeutend sind und sich vermeiden lassen können [1]), auch wenn man die Eintragung Dritterwerbern und der Konkursmasse gegenüber zulässt.

Einmal ist darauf hinzuweisen, dass der Käufer die Möglichkeit hat, sich zu erkundigen, ob an dem zu kaufenden Grundstücke in letzter Zeit Reparaturen und Neuanlagen vorgenommen wurden und ob die Bauhandwerker bezahlt worden sind. Will ihm der Verkäufer darüber keine Auskunft erteilen, so mahnt ihn dies eben zur Vorsicht. Bei Neubauten besteht die Gefahr der Verheimlichung von Arbeiten überhaupt nicht, indem dort alles neu ist und sich der Erwerber nur nach der Bezahlung erkundigen muss. Zudem besteht für ihn die Möglichkeit, mit der Auszahlung eines Teiles des Kaufpreises zuzuwarten, bis die drei Monate verstrichen sind. Dies wird auch möglich sein, wenn nur ein kleiner Teil der

[1]) Vgl. dazu Schneebeli 30; Huber, Sachenrecht 69; Leemann, Kommentar Art. 837, N. 25; J Z **9** 84; Zürcher Obergericht in J Z **9** 93; Kassationshof des zürcherischen Obergerichtes in J Z **10** 209.

Kaufsumme bar bezahlt wird und der Hauptteil in Hypotheken. Die Gefahr, dass Reparaturen und Neuanlagen verschwiegen werden, besteht nur für die kleinern derselben; grössere wird der Käufer schon bemerken und sich orientieren können; für die kleinern dagegen hat er an der retinierten Kaufsumme immer noch genügende Deckung. Was den Fall anbelangt, dass der Verkäufer gar nicht wissen könne, ob die Unterakkordanten wirklich bezahlt worden seien, auch wenn er dem Oberakkordanten das Geld hierzu gegeben habe, so ist zu bemerken, dass auch im Falle der persönlichen Natur des Eintragungsrechtes der gutgläubige spätere Erwerber nicht geschützt ist. Die Unterakkordanten kennen ja oft den Bauherrn gar nicht; sie haben einfach dem Oberakkordanten zu liefern; dieser ist ihr Schuldner; dazu kommt zu ihrem Schutz der Anspruch auf ein Pfandrecht am Gebäude, unabhängig von der Person des Eigentümers.

Oder will man etwa die Ansicht vertreten, dass ein Anspruch nur bestehe, solange derjenige noch Eigentümer des Gebäudes ist, der es in dem Moment war, wo die Unterakkordanten den Auftrag zur Arbeit erhielten. Oft wissen die Unterakkordanten gar nichts vom Wechsel der Eigentümer; sie verkehren nur mit ihrem Schuldner, dem Oberakkordanten. Da sollen sie nun jedesmal das Pfandrecht für die bereits geleistete Arbeit verlieren, wenn vielleicht während des Baues verschiedentliche Handänderungen erfolgen. Wenn dies der Wille des Gesetzes sein sollte, so wäre der Schutz der Baugläubiger an einem kleinen Orte.

Wenn dem Anspruch aus Art. 837 ZGB persönliche Wirkung zuerkannt wird, dann ist man glücklich an dem Punkt angelangt, wo man dem Bauschwindel mit viel Müh und Not den Eingang verschliesst, um ihm sofort ein Hintertürchen zu öffnen, durch das er wieder ungeschränkt eindringen kann. Denken wir nur an den Fall, wo ein schwindelhafter Bauherr ein Gebäude erstellen will. Er verkauft ein Stück Land einem insolventen Unternehmer, der mit dem Bau beginnt. Er gibt ihm zur Erhöhung des Kredites scheinbar noch ein

Darlehn. Durch Zusicherungen aller Art zurückgehalten, haben die Baugläubiger vorläufig auf eine Eintragung des Pfandrechtes verzichtet. Bevor der Bau vollendet ist, erwirbt der ursprüngliche Eigentümer Gebäude und Land wieder und verrechnet den Kaufpreis mit seinem fingierten Darlehn. Die Baugläubiger möchten die Eintragung verlangen, können dies aber nicht mehr und müssen sich nun an den insolventen Unternehmer halten, wo sie zu Verlust kommen. Damit wird der ganze Zweck des Baugläubigerpfandrechtes illusorisch; der Bauschwindel kann wieder ruhig die schönsten Blüten treiben.

Man verweist nun die Baugläubiger auf die Möglichkeit, sofort bei Beginn der Arbeiten vorläufige Eintragung ihres Pfandrechtes zu verlangen, dadurch würden sie genügend sichergestellt. Dies mag richtig sein. Allein es tauchen sofort verschiedene Bedenken auf, die die praktische Durchführung einer solchen Lösung sehr in Frage stellen. Einmal würde der Bauherr es mit Recht als einen Akt des Misstrauens auffassen, wenn ein Bauhandwerker sofort nach Abschluss des Vertrages das Begehren um vorläufige Eintragung seines Pfandrechtes stellen würde. Ein solches Verhalten könnte sehr wohl die Folge haben, dass der Bauhandwerker das nächste Mal mit der Vergebung der Arbeiten unberücksichtigt bleiben würde. Anderseits würden auf diese Weise Pfandrechte eingetragen, auch wenn irgendwelche Befürchtungen für die Sicherheit der Forderung gar nicht bestünden. Dadurch würde das Grundbuch mit Eintragungen ganz übermässig belastet, seine Übersichtlichkeit würde schwer leiden, ganz abgesehen von der Frage nach der technischen Möglichkeit, so viele Eintragungen vornehmen zu können. Ob dadurch aber, dass ein Grundstück mit einer solchen Anzahl von Pfandrechten belastet würde, der Immobiliarverkehr besonders erleichtert würde, kann mit Recht bezweifelt werden.

Was endlich noch den Schutz des guten Glaubens Dritter anbelangt, d. h. das Verhältnis von Art. 837 zu 973 ZGB, so ist zu bemerken, dass das Gesetz eine ganze Reihe von

Eigentumsbeschränkungen kennt, die im Grundbuch keine Äusserungen finden, trotzdem aber auch mit Erfolg Dritterwerbern gegenüber zur Geltung gebracht werden können, z. B. ZGB Art. 710, 836, 694 etc. Gegenüber einem gesetzlich statuierten Anspruch ist eben der Einwand des guten Glaubens ausgeschlossen. Jedermann ist gehalten, die vom Gesetze geschaffenen Beschränkungen und Belastungen des Eigentums zu kennen. Es hat sich also der Erwerber eines Grundstückes über das eventuelle Vorhandensein eines Anspruches nach Art. 837 ZGB zu erkundigen. Dafür, dass die Gefahr für den gutgläubigen Dritterwerber nicht zu gross werde, haben wir ja die Einschränkung in Art. 838 ZGB; der Anspruch muss innert drei Monaten im Grundbuch eingetragen werden [1]).

Wir sehen also, dass Erwägungen rechtlicher und praktischer Natur zur unbedingten Ablehnung der Konstruktion des Anspruches nach Art. 837 ZGB als eines rein persönlichen führen müssen. Untersuchen wir deshalb in folgendem, ob dem Anspruch dingliche Wirkung zukommen möge. Diese Auffassung wird von einer ganzen Reihe von Autoren und auch in verschiedenen Urteilen kantonaler Gerichte vertreten [2]).

II. Der Anspruch ist dinglicher Natur.

Wir ersparen uns die Mühe, noch einmal auf diejenige Ansicht einzutreten, welche das dingliche Recht, d. h. das Pfandrecht selbst, schon vor der Eintragung im Grundbuch

[1]) Vgl. Leemann, J Z **9** 85; Huber, Erl 280. Dieser sagt: «Wer also einen Neubau erwirbt, weiss, dass er noch drei Monate nach der Vollendung des Werkes solcher Eintragungen gewärtig sein muss, und wird sich zur Vermeidung von Schaden danach richten.»

[2]) Leemann, Kommentar Art. 837 N. 25; J Z **9** 84; Schneebeli 34; Stahel 9; Müller 18; Bise 36; Volmar, Baujahrbuch 46; Huber, Erl 280; Huber, Sachenrecht 67; Zürcherisches Kassationsgericht in J Z **10** 209; Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes in Bl Zü R **18** 42; Tribunal cantonal de Neuchâtel in J Z **10** 214; Cour de justice de Genève in J Z **11** 198; Bundesrat in ZBJV **50** 247.

existent wissen will. Diese Auffassung hat verschiedentlich Vertreter gefunden [1]); wir haben indessen ihre Unhaltbarkeit oben dargetan.

Abzulehnen ist aber auch eine andere Auffassung, welche in dem Anspruche nach Art. 837 direkt ein dingliches Recht erblicken will [2]). Sie stützt sich dabei auf den Wortlaut des Gesetzes: «Der Anspruch..... besteht..... an diesem Grundstück.» Darin liege der unzweifelhafte Ausdruck dafür, dass bereits ein dingliches Recht bestehe. Wenn auch diese Interpretation dem Zwecke und Willen des Gesetzes sicher gerecht wird, so widerspricht sie doch dem Wortlaut anderer gesetzlicher Bestimmungen. Die dinglichen Rechte an Grundstücken entstehen eben erst mit der Eintragung im Grundbuch, es sei denn, das Gesetz statuiere ausdrücklich eine Ausnahme von diesem Grundsatze, wie das in Art. 656, 676, 784, 808, 836 u. a. ZGB der Fall ist. Im Falle des Art. 837 ZGB entsteht aber das dingliche Recht erst mit dem Eintrag, was jetzt allgemein anerkannt ist. Will man also dem Anspruch dinglichen Charakter geben, so muss man notwendigerweise darunter ein anderes dingliches Recht verstehen. Im ganzen Artikel findet sich aber nirgends eine Bestimmung, wonach diesem andern Recht dingliche Wirkung zuteil werde, ohne Eintrag im Grundbuch. Anderseits ist die Zahl der dinglichen Rechte eine beschränkte in dem Sinne, dass es nicht im Willen der Parteien steht, einem Recht dinglichen Charakter zu geben, wenn es im ZGB nicht vorgesehen ist [3]). Unrichtig und sich selbst widersprechend ist es aber, für das Baugläubigerpfandrecht Eintragung zu verlangen, in dem

[1]) Stahel 9; Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes in J Z **9** 93; Appellhof des Kantons Bern in J Z **11** 43.

[2]) Schneebeli 34.

[3]) Vgl. Leemann, Kommentar Einleitung zum Sachenrecht N. 24; Wieland, Kommentar Vorbemerkung 1 f.; Huber, Sachenrecht 38 Anm. 2. Eine Ausnahme vom numerus clausus der dinglichen Rechte schafft allerdings Art. 781 ZGB, indem darin den Parteien die Begründung von sogenannten andern Dienstbarkeiten in beliebiger Zahl ermöglicht wird.

blossen Anspruch auf dessen Errichtung aber bereits ein dingliches Recht zu erblicken, das der Eintragung im Grundbuch nicht bedürfte.

Das Gleiche lässt sich von der Ansicht Hubers sagen [1]), welcher von einem Anspruch redet, der «sich gegen jeden Eigentümer der von dem dinglichen Recht, das für den Ansprecher begründet werden soll, ergriffenen Sache richtet». In der Tatsache, dass diesem Anspruch ein gewisser Grad von Absolutheit innewohnt, erblickt Huber den Grund zu seiner Konstruktion als eines dinglichen. Wir glauben aber, dass der Grad der Absolutheit des Anspruches doch zu sehr beschränkt sei, und dass vor allem bei dieser Konstruktion die erwähnten Bedenken in bezug auf die Bedeutung des Grundbucheintrages weiter bestehen, weshalb wir dem Anspruch nicht gut dingliche Wirkung beilegen können, ohne dem im Gesetz anerkannten Grundsatz von der Notwendigkeit des Grundbucheintrages zur Begründung dinglicher Rechte Zwang anzutun. Solange aber noch andere Konstruktionsmöglichkeiten bestehen, die uns zum gleichen Resultat führen, ohne dass dieser Konstruktion der Nachteil der Gezwungenheit anhaften würde, glauben wir doch die Ansicht Hubers ablehnen zu müssen. Wir verweisen deshalb auf unsere Ausführungen unter III dieses Paragraphen. Die Konstruktion, wie wir sie dort für Art. 837 ZGB treffen werden, hat aber nicht nur Bedeutung für diesen Artikel, sondern auch für andere von Huber damit im Zusammenhange erwähnte Rechte [2]), z. B. das Teilungsrecht nach Art. 650 ZGB oder die Rechte der Art. 694 und 710 ZGB.

Weniger weitgehend ist eine andere Auslegung des Gesetzes, die dem Anspruch aus Art. 837 ZGB auch dingliche Wirkung zuerkennt, nämlich diejenige von Leemann [3]). Diese Auffassung hat sicherlich viel für sich. Sie lehnt sowohl die obligationenrechtliche als auch die reindingliche Natur des

[1]) Huber, Sachenrecht 60, 65.
[2]) Huber, Sachenrecht 63.
[3]) Kommentar Art. 837 N. 25; J Z 9 84; Schneebeli 35.

Anspruches ab und erklärt die gesetzlichen Pfandbestellungsansprüche des Art. 837 ZGB für absolute, d. h. dinglich wirkende, sachenrechtliche Ansprüche. Zur Begründung seiner Ansicht führt Leemann folgendes aus:

Die Natur obligationenrechtlicher Ansprüche verlange unbedingt die Bezeichnung einer berechtigten und einer verpflichteten Person; letztere sei aber im Gesetze nirgends positiv umschrieben. Vielmehr rede das Gesetz nur von einem «Grundstück, an dem der Anspruch besteht». Es bezeichne also nur das Objekt der Verpflichtung. Subjekt derselben müsse aber notwendigerweise der jeweilige Eigentümer des verpflichteten Grundstückes sein. Wechsle also das Grundstück seinen Eigentümer, so gehe der Anspruch nicht unter, sondern bestehe vielmehr auch dem neuen Erwerber gegenüber. Dass die Person des Verpflichteten dem Gesetz völlig gleichgültig sei, gehe auch aus dem Umstand hervor, dass in Art 837 Ziff 3 ZGB die Eintragung eines Pfandrechtes verlangt werden kann, gleichgültig, ob der Grundstückeigentümer Schuldner der Pfandforderung sei oder nicht. In Art. 839 Al 3 ZGB spreche das Gesetz weiterhin vom Eigentümer, demgegenüber Eintragung verlangt werden könne, also ganz unabhängig davon, ob dieser Eigentümer auch Schuldner sei oder nicht. Endlich sei noch darauf zu verweisen, dass die Grundbuchverordnung in Art. 22 Al. 4 die vorläufige Eintragung von Baupfandrechten als zulässig erkläre, und zwar unter Verweisung auf Art. 961 Ziff. 1 ZGB, d. h. zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte.

Es muss zugegeben werden, dass diese Lösung der Frage insofern eine glückliche ist, als sie dem Zweck und Geist des Gesetzes gerecht wird. Man könnte glauben, dass damit eine allseitig befriedigende Lösung gefunden wäre. Allein es besteht ein schwacher Punkt in der ganzen Konstruktion. Leemann spricht von absoluten, d. h. dinglich wirkenden, sachenrechtlichen Ansprüchen. Bisher unterschied man zwischen persönlichen und dinglichen Ansprüchen; dabei war es selbstverständlich, dass ein dinglicher Anspruch dinglich wirkend,

somit auch absolut war. Leemann unterscheidet dinglich wirkende Rechte von den eigentlich dinglichen Rechten, denen er aber dingliche Wirkung wiederum nicht abstreiten kann. In ihrem Effekt scheinen sie ihm vollständig gleich zu sein; ein Unterschied besteht nur in bezug auf die Entstehung; die eigentlich dinglichen Rechte bedürfen grundsätzlich der Eintragung im Grundbuch, die dinglich wirkenden aber gelangen ohne eine solche zur Entstehung, sind blosse Vorstadien auf dem Wege zu den eigentlich dinglichen Rechten. Es ist nicht zu leugnen, dass Leemann damit eine ganz neue Gruppe von Rechten schafft, die dem ZGB bisher nicht bekannt waren, die aber von Leemann auch einzig für die Fälle des Art. 837 ZGB anerkannt werden. Worin aber das Eigenartige dieser Rechte besteht, ist nicht recht klar; sie sind bloss dinglich wirkend, somit noch nicht dinglich, wie die eigentlichen dinglichen Rechte, die doch sicherlich auch dingliche Wirkung zeigen [1]). Zwei Arten von Rechten zeigen genau die gleichen Äusserungen und sind doch nicht gleich. Die ganze Konstruktion hat einzig den Zweck, einem Recht dingliche Wirkung zuerkennen zu können, ohne es im Grundbuch eintragen zu müssen. Diese Konstruktion ist aber aus dem Grunde nicht haltbar, weil dem ZGB einfach eine Art dinglich wirkender Rechte, die aber doch nicht dinglich sind, unbekannt ist [2]).

Warum aber auch diese sicherlich etwas widerspruchsvolle Konstruktion treffen; lässt sich doch das gleiche Ziel auf viel einfacherem Wege erreichen Es gibt nämlich noch eine Auslegung des Gesetzes, bei der man sowohl mit dem Wortlaut

[1]) Als Rechte zur Sache (ius ad rem), d. h. als Vorstufe zum eigentlichen dinglichen Recht, kann Leemann sie auch nicht auffassen wollen, da er doch mit Recht in N. 24 seiner Einleitung zum Kommentar des Sachenrechtes ein Recht zur Sache als dem ZGB unbekannt erklärt.

[2]) Wir haben im vorstehenden der Einfachheit halber immer von Rechten gesprochen. Alles dies gilt auch für den Anspruch nach Art. 837 ZBG, denn wir haben in § 6 II dargetan, dass hier Anspruch und Recht identisch sind.

desselben, als auch mit dessen Sinn und Geist in Übereinstimmung bleibt. Es ist dies die uns einzig richtig scheinende Konstruktion des Anspruches als einer actio in rem scripta.

III. Der Anspruch als actio in rem scripta.

Das Gesetz nennt nirgends die verpflichtete Person, somit kann der Anspruch nicht ein rein persönlicher, ein obligationenrechtlicher im gewöhnlichen Sinne sein, da zum Bestand einer Obligation Schuldner und Gläubiger bestimmt sein müssen. Anderseits haben wir die dingliche Konstruktion des Anspruches abgelehnt.

Es ist indessen nur scheinbar so, dass die verpflichtete Person unbestimmt ist; sie kann vielmehr jederzeit mit geringer Mühe genau festgestellt werden. «Der Anspruch auf Errichtung ..... besteht ..... an diesem Grundstück», heisst es im Gesetz. Daraus geht hervor, dass sich die Geltendmachung des Anspruches richtet gegen den jeweiligen Inhaber des Grundstückes, das als Objekt des ganzen Rechtes erscheint. Inhaber des Grundstückes ist der jeweilige Eigentümer; dieser ist somit das verpflichtete Subjekt des in Art. 837 ZGB statuierten Rechtes [1]). Ganz gleichgültig ist es dabei, ob dieser Eigentümer überhaupt Schuldner der Pfandforderung ist oder nicht, gleichgültig aber auch, ob er derjenige Eigentümer ist, der das Grundstück schon im Zeitpunkt des Beginnes der Arbeit besessen hat, oder ob er es erst seither erworben hat, gleichgültig endlich auch, ob er in Konkurs geraten ist oder nicht [2]). Verpflichtet zur Duldung

[1]) Vgl. die übereinstimmende Auffassung von Huber, Sachenrecht 62. Nur weicht er dann in den weitern Konsequenzen von unserer Ansicht ab, wenn er sagt: «Wir stehen nicht an, diese Ansprüche, da sie das Hauptmerkmal der Dinglichkeit an sich tragen, als dingliche Ansprüche zu bezeichnen.» Vgl. dazu das unter II. Ausgeführte.

[2]) Vgl. auch das auf S. 32 Gesagte, wonach der Eigentümer im Falle, dass die Baugläubiger mit einem Oberakkordanten kontrahiert haben, auch nicht Schuldner ist, aber dennoch den Eintrag dulden muss.

der Eintragung ist der jeweilige Eigentümer des Grundstückes schlechthin; Grund dieser Verpflichtung wiederum ist seine Eigenschaft als Eigentümer. Damit wird der Anspruch nicht zu einem dinglichen, sondern das Recht bleibt persönlich, er ist auch nicht ein dinglich wirkender, sachenrechtlicher Anspruch nach Leemann, sondern persönlich, aber insofern nicht bloss persönlich, als er eben an eine Sache gebunden ist, somit einen Anspruch obligationenrechtlichen Charakters besonderer Art darstellt.

Im römischen Recht nennen wir einen solchen gegen eine durch das Eigentum an einer Sache bestimmte Person gerichteten Anspruch eine actio in rem scripta. Als solche stellt sich nun auch unser Anspruch des Art. 837 ZGB dar. Unser Anspruch ist ein gerichtsfähiger. Anderseits fassen wir die actio in rem scripta im materiellen Sinne auf, d. h. als einem mit Klage verfolgbaren Anspruch; dann müssen sich nach unsern Ausführungen in § 7 I die beiden Begriffe decken. Das ZGB hat damit keinen neuen obligationenrechtlichen Anspruch geschaffen, der der im bisherigen und römischen Recht bekannten actio in rem scripta nur vergleichbar sei, wie Schneebeli meint [1]), sondern der Anspruch des Art. 837 ZGB ist eine actio in rem scripta. Voraussetzung dabei ist, dass wir die actio im materiellen Sinne verstehen.

Nicht nur dem bürgerlichen Gesetzbuch ist in § 809 eine actio in rem scripta bekannt, wenn es einen Anspruch gegen den jeweiligen Besitzer einer bestimmten Sache auf Vorlegung derselben begründet (actio ad exhibendum), sondern auch das ZGB kennt Fälle einer actio in rem scripta, abgesehen von dem soeben betrachteten des Art. 837. Actiones in rem scriptae enthalten nämlich auch die Art. 650 und 669 ZGB.

In Art. 650 einmal haben wir folgenden Fall einer actio in rem scripta: Jeder Miteigentümer hat das Recht, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, wenn gewisse,

[1]) 36.

hier belanglose, Voraussetzungen erfüllt sind. Dieser Anspruch richtet sich gegen die andern Miteigentümer, d. h. die andern an derselben Sache dinglich Berechtigten. Für den Anspruch belanglos ist es, wer im Moment der Geltendmachung Miteigentümer ist. Auf die Person selbst kommt es nicht an, wohl aber ist von Bedeutung, dass dieselbe in einem ganz bestimmten Verhältnis zu der sich im Miteigentum befindlichen Sache steht, nämlich in dem des Eigentümers. Der Anspruch richtet sich gegen eine Person, ist somit persönlich; diese Person ist aber durch den Anspruch allein nicht bestimmt, sondern sie bestimmt sich dadurch, dass sie in ein ganz bestimmtes Verhältnis zu der Sache, welche Objekt des Rechtsverhältnisses ist, tritt. Der Anspruch ist eben in rem scripta und somit eine actio in rem scripta analog dem römischen Rechte.

Nach Art. 654 ZGB gilt Art. 650 auch für den Fall des Gesamteigentums. Es besteht aber insofern ein Unterschied, als bei Gesamteigentumsverhältnissen ein Wechsel der Eigentümer nicht ohne weiteres möglich ist, sondern nur mit Zustimmung aller Berechtigten (Art. 542 OR, 345 ZGB). Der Teilungsanspruch richtet sich demnach immer gegen eine bereits im Vertrag bestimmte Person, ist also rein persönlich und nicht in rem scripta.

Zu Unrecht nimmt Leemann an [1]), dass dieser Anspruch nach Art. 650 ZGB dinglich sei. Weder ist er ein Ausfluss des dinglichen Eigentumsrechtes, noch ein besonderes dingliches Recht, dessen Existenz von einem Grundbucheintrag unabhängig ist. Schon im römischen Recht war dieser Teilungsanspruch bei Miteigentum bekannt in der Form der actio communi dividundi, die zu den actiones in rem scriptae gezählt wird [2]). Der in Art. 650 ZGB aufgestellte Rechtsanspruch stellt aber gar nichts anderes dar als eine actio communi dividundi.

[1]) Kommentar Art. 650 N. 4. Auch Huber, Sachenrecht 63, spricht von einem dinglichen Recht.

[2]) Sohm 230.

Eher noch deutlicher tritt der Charakter einer actio in rem scripta beim Falle des Art. 669 ZGB hervor. Nach diesem Artikel ist jeder Grundstückeigentümer verpflichtet, auf das Begehren seines Nachbarn zur Feststellung einer ungewissen Grenze mitzuwirken. Auch hier haben wir einen Anspruch, der sich gegen den jeweiligen Eigentümer einer bestimmten Sache richtet. Objekt des Rechtsverhältnisses ist ein bestimmtes Grundstück, Subjekt der Verpflichtung aber ist der jeweilige Eigentümer des Grundstückes. Die Klage ist nicht ein Ausfluss des Eigentumsrechtes an der Sache und somit nicht dinglich, wie Leemann [1]) meint. Wollten wir die Ansicht vertreten, dieses Recht sei ein Ausfluss des Eigentumsrechtes, so kämen wir notwendigerweise zu dem Resultat, dass wir das Eigentum an unbeweglichen und dasjenige an beweglichen Sachen unterscheiden müssten; denn nur beim Grundeigentum haben wir ein Recht, vom Nachbarn Mitwirkung bei der Feststellung der Grenze zu verlangen. Dieser Eigentumsbegriff ginge in seinen Wirkungen weiter, als derjenige bei beweglichen Sachen. Dem ZGB ist aber nur ein Eigentumsbegriff bekannt, und dieser gilt sowohl unbeweglichen als auch beweglichen Sachen gegenüber. Vielmehr ist dieses Recht des Art. 669 ZGB ein Ausfluss der besondern durch das Gesetz geschaffenen Pflichten des Nachbarn, also ein Stück Nachbarrecht. Der Anspruch ist persönlich; denn er geht nur gegen den jeweiligen Nachbarn; die Person desselben wird durch das Eigentumsverhältnis zum nachbarlichen Grundstück bestimmt.

Einen ähnlichen Fall enthält überhaupt auch Art. 668 ZGB mit seiner Grenzscheidungsklage. Diese ist nämlich nicht eine Eigentumsklage, sondern eine Klage besondern Charakters. Der Kläger verlangt mit ihr nicht Feststellung seines Eigentums, er beansprucht nicht das Eigentum an einem Grundstück, sondern, was er verlangt, ist, dass der Richter die Grenze zwischen dem Grundstück des Klägers

[1]) Kommentar Art. 669 N. 3.

und einem angrenzenden, gegen dessen Eigentümer die Klage denn auch wieder geht, festlege. Diesem Urteil wird konstitutive Bedeutung beigemessen, d. h. es wirkt nicht nur unter den Parteien, sondern auch Dritten gegenüber. Auch hier geht der Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes, ist also persönlich, aber in rem scripta. Der ganze Anspruch ist nichts anderes als die römisch-rechtliche actio finum regundorum und stellt als solche eine actio in rem scripta dar [1]) [2]).

Wir sehen also, dass das ZGB mit seinem Anspruch des Art. 837 gar nicht etwa einen Anspruch besonderer Art geschaffen hat, sondern, dass wir es hier mit einer actio in rem scripta zu tun haben, wie sie an andern Orten des ZGB auch vorkommt, und die sich als eine Weiterentwicklung der bereits dem römischen Recht bekannten actio in rem scripta darstellt.

Wenn wir aber die von uns getroffene Lösung mit der von Leemann vorgeschlagenen vergleichen, so sehen wir, dass man mit beiden den gleichen Zweck erreichen kann. Beide werden dem Geiste und Zwecke der gesetzlichen Bestimmung gerecht. Wenn wir aber die Lösung von Leemann ablehnen, so geschieht es, weil sie den Umweg über eine in mehr als einer Beziehung anfechtbare Konstruktion nimmt. Immerhin ist zu bemerken, dass eine Konstruktion, wie sie Leemann getroffen hat, gegenüber allen andern den Vorteil hat, dem Geiste des Gesetzes Folge zu leisten, wenn auch vom Standpunkt der wörtlichen Interpretation aus ihr gegenüber Einwendungen gemacht werden müssen. Betrachten wir

[1]) Vgl. die gleichen Bestimmungen im BGB, wo § 919 unserem Art. 669 und § 920 unserem Art. 668 entsprechen. § 920 und Art. 668 enthalten beide die sogenannte Grenzscheidungsklage.

[2]) Einen Anspruch im Sinne einer actio in rem scripta enthält u. E. auch Art. 694 ZGB (Recht auf den Notweg) und Art. 710 ZGB (Recht auf den Notbrunnen). Huber fasst indessen alle diese Rechte als dinglich auf; vgl. Sachenrecht 64; ebenso Leemann, Kommentar Art. 694 N. 4; Art. 710 N. 3.

die Jurisprudenz aber vom reinen Zweckmässigkeitsstandpunkt aus, so genügt eine solche Konstruktion vollkomme und als Interessenjurisprudenz wird ja vielfach die Gerichtspraxis angesehen.

3. Abschnitt.

Die Wirkungen der rechtlichen Konstruktion des Anspruches aus Art. 837 ZGB als einer actio in rem scripta.

§ 8.

Wirkungen und Folgen im allgemeinen.

I. Die Wirkung der von uns getroffenen Lösung ist vor allem die, dass der Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechtes zugunsten der Baugläubiger auch spätern Erwerbern des Grundstückes gegenüber geltend gemacht werden kann, ganz unabhängig davon, ob ein solcher späterer Erwerber gut- oder bösgläubig sei, wenn er nur das Grundstück erworben hat, bevor die Frist von drei Monaten seit Beendigung der Arbeiten verstrichen ist. Aber auch im Falle, dass der Grundstückeigentümer in Konkurs gerät, oder, dass er einen Nachlassvertrag abschliesst, oder, dass das Grundstück gepfändet wird, besteht noch die Möglichkeit, Eintragung des Baugläubigerpfandrechtes zu verlangen, vorausgesetzt wiederum, dass es noch innerhalb der dreimonatlichen Frist geschieht.

Welche Bedeutung aber unsere Auffassung über die rechtliche Natur des Anspruches für das Baugläubigerpfandrecht im weitern noch hat, dies zu untersuchen, soll Aufgabe der folgenden Darstellung sein.

II. Eines muss hier noch bemerkt werden, nämlich, dass diese Konstruktion des Art. 837 ZGB nicht nur für das in Ziff. 3 erwähnte Baugläubigerpfandrecht Bedeutung hat, sondern auch für die in Ziff 1 und 2 erwähnten gesetzlichen

Pfandrechte des Verkäufers, Miterben und Gemeinders, ja sogar auch für das Pfandrecht des Pfründers nach Art. 523 OR [1]). Allerdings wird die praktische Bedeutung für diese Fälle recht gering sein; höchstens wird der Fall etwa noch vorkommen, dass ein Pfrundgeber das ihm von seinem Pfründer übertragene Haus innert drei Monaten weiterveräussert; dann hat der Pfründer das Recht, auch von einem Drittenwerber Eintragung seines Pfandrechtes zu verlangen.

III. Endlich ist noch zu sagen, dass die Umschreibung der rechtlichen Natur des Anspruches von keinem Einfluss auf die Bestimmung der Person des berechtigten Gläubigers ist. Ob wir nun den Anspruch als persönlich oder dinglich auffassen, oder ob wir eine Zwischenlösung annehmen, immer wird die Umschreibung der Begriffe «Handwerker» und «Unternehmer» die gleiche bleiben, immer werden sowohl Ober- als auch Unterakkordanten berechtigt sein, Pfandbestellung zu verlangen.

Da also die Umschreibung der rechtlichen Natur des Anspruches für die Person des berechtigten Gläubigers von keinem Einfluss ist, so haben wir uns mit der Frage, zu welchen Schlüssen Doktrin und Praxis in diesem Punkte gekommen sind, nicht weiter zu beschäftigen. Ihr Resultat wird immer Gültigkeit haben, wie wir auch die Natur des Anspruches auffassen mögen. Vor allem wird auch die Ansicht von Leemann, wie wir sie auf S. 34 erwähnten, weiterhin Bestand haben. Der Eigentümer wird nämlich nicht nur für diejenigen Bauforderungen haften, zu deren Entstehung er durch den Abschluss eines Werkvertrages Anlass gegeben hat, sondern auch für diejenigen, welche ihre Entstehung seinem sonstigen Verhalten verdanken. Der Eigentümer hat demnach Pfandrechte zu dulden für Forderungen, welche aus Leistungen entstanden sind, die z. B. ein Mieter, Pächter, Nutzniesser oder anderswie dinglich Berechtigter veranlasst hat. Ja, er wird diese Pfandrechte auch dulden müssen,

[1]) Leemann, Kommentar Art. 837 N. 31; Schneebeli 37; Huber, Sachenrecht 67 Anm. 1; Homberger 115.

wenn sie die blosse Folge einer Geschäftsführung ohne Auftrag sind, oder, wenn z. B. die Forderungen der Unterakkordanten denjenigen Betrag überschreiten, mit welchem sie bei der Festsetzung des Preises für den ganzen Bau in Rechnung gestellt worden sind [1]).

§ 9.

Die Verfügung über den Anspruch aus Art. 837 ZGB.

I. Abtretung des Anspruches.

Der Anspruch aus Art. 837 ZGB stellt sich als ein vom Gesetze geschaffener dar, d. h. der Rechtsgrund für seine Existenz liegt in einer positiven Gesetzesbestimmung. Damit aber diese Bestimmung in Wirkung treten kann, ist es notwendig, dass deren Voraussetzungen erfüllt sind. Eine derselben ist nun, dass ein Vertrag bestimmten, im Gesetze näher umschriebenen Inhaltes (Werkvertrag, der die Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein für eine Baute oder ein anderes Werk zum Gegenstand hat), vorliegen muss. Der ganze Anspruch ist also gesetzlich, aber für seine Existenz abhängig von einem auf freier Parteivereinbarung beruhenden Vertrag. Der Anspruch steht und fällt mit diesem Vertrag; er ist eben nicht selbständig, sondern hat akzessorischen Charakter. Dies hat zur Folge, dass über den Anspruch nicht selbständig verfügt werden kann; der blosse Anspruch kann nicht auf eine andere Person übertragen werden. Er ist aber hinwiederum kein Recht, das mit der berechtigten Person untrennbar verknüpft wäre, sondern ist vielmehr an den Vertrag gebunden, akzessorisch. Werden somit die Rechte aus dem Vertrag auf eine andere Person übertragen, so geht der Anspruch ipso jure als ein Nebenrecht nach Art. 170 Al. 1 OR auf den Zessionar über [2]). Nachdem einmal eine

[1]) Leemann, Kommentar Art. 837 N. 47—48.

[2]) Vgl. übereinstimmend J Z **9** 94; Bl Zü R **12** Nr. 154; unrichtig Obergericht Schaffhausen in J Z **11** 56; Regierungsrat Bern in Mschr B Verw R **17** 297.

Übertragung der Forderung stattgefunden hat, kann der Zedent den Anspruch nicht mehr geltend machen [1]); denn dieser ist infolge der Abtretung als Nebenrecht auf den Zessionar übergegangen; der Zedent kann also nicht mehr Eintragung des Pfandrechtes verlangen, hierzu ist allein der Zessionar berechtigt. Anderseits aber sind der einmal begründete Anspruch und der Vertrag in ihrem Bestande voneinander unabhängig, was sich z. B. darin äussert, dass der Anspruch untergehen kann, der Vertrag aber immer noch zu Recht besteht.

II. Verzicht auf den Anspruch.

a) Die Einschränkungen, welche der Anspruch aus Art. 837 ZGB durch das Gesetz erhält, gehen aber noch weiter, als unter I. erwähnt wurde. Eine ganz bedeutende Einschränkung findet sich in Al. 2 von Art. 837 ZGB. Dieses Alinea bestimmt: «Auf diese (d. h. diejenigen von Al. 1 Art. 837) gesetzlichen Grundpfandrechte kann der Berechtigte nicht zum voraus Verzicht leisten.»

Es verdankt diese Bestimmung ihre Existenz der Anregung des schweizerischen Gewerbevereins, und sie trägt viel dazu bei, die praktische Brauchbarkeit des Baugläubigerpfandrechtes zu erhöhen. Würde unser Institut des zwingenden Gesetzescharakters entbehren, so wäre seine Brauchbarkeit mehr als fraglich, indem die Baugläubiger, durch den Konkurrenzkampf gezwungen, meistens auf den gesetzlichen Schutz verzichten würden, da sie sonst Gefahr liefen, die Arbeit nicht übertragen zu erhalten.

b) Die Bedeutung der Wendung «zum voraus» ist leicht zu verstehen. «Zum voraus» bedeutet, bevor der Anspruch auf Errichtung entstanden ist, d. h. vor Abschluss des Werkvertrages [2]). Unrichtig ist es, anzunehmen, ein Verzicht sei ausgeschlossen, solange das Grundpfandrecht noch nicht ein-

[1]) J Z **16** 383.

[2]) Leemann, Kommentar Art. 837 N. 57 und 59.

getragen ist; dafür spricht keineswegs der Wortlaut, wie Schneebeli [1]) anzunehmen scheint, sondern der ganze Zweck der Bestimmung verlangt, dass ein Verzicht vor Abschluss des Werkvertrages verhindert werden muss; hier besteht der gefährliche Moment für den Baugläubiger [2]). Diesen Punkt hat denn auch der Wortlaut des Gesetzes allein im Auge.

Ein entgegen dieser Bestimmung erfolgter Verzicht stellt sich als eine widerrechtliche Handlung dar und ist als solche nach Art. 20 OR nichtig. Nichtig sind aber auch alle Abmachungen, welche eine Umgehung des Gesetzes bezwecken, wie die beim Abschluss des Werkvertrages abgegebene Erklärung, später auf das Pfandrecht zu verzichten, ohne dass Bezahlung erfolgt wäre oder Sicherstellung vorläge, oder aber auch die Erklärung, bei Geltendmachung des Anspruches eine Konventionalstrafe zu bezahlen. Solche Bestimmungen stellen sich als offene Umgehungsversuche des Gesetzes dar und fallen zweifelsohne auch unter die Bestimmung unseres Artikels. Der Eigentümer des Grundstückes wird sich nie auf eine solche Erklärung berufen können, wenn der Verzichtende sein Recht geltend macht; dem steht Art. 20 OR entgegen.

Wohl aber ist ein Verzicht möglich, nachdem der Anspruch einmal begründet ist, sei es nun, dass der Baugläubiger die Frist zur Eintragung unbenützt verstreichen lässt, oder, dass er die Einwilligung zur Löschung eines bereits eingetragenen Pfandrechtes gibt. Unrichtig scheint uns aber die Ansicht Volmars [3]), wonach in diesem letztern Falle der Baugläubiger berechtigt sei, das Pfandrecht, zu dessen

[1]) 121.

[2]) Wenn der Vertrag abgeschlossen und die Arbeiten ausgeführt sind, kann auf die Eintragung des Pfandrechtes verzichtet werden. Dies ist z. B. von Bedeutung, wenn es sich darum handelt, vor Ablauf der dreimonatlichen Frist die Hypotheken zu plazieren. Man will dann wissen, wieviele vorgängige Pfandrechte auf dem Grundstücke lasten, weshalb man von den Baugläubigern eine Erklärung wünscht, ihr Pfandrecht nicht geltend zu machen. A. M. Schneebeli 121.

[3]) Zeitfragen 29.

Löschung er bereits einmal zugestimmt habe, wiederum geltend zu machen und Eintragung zu verlangen, wenn die Frist von drei Monaten noch nicht verstrichen sei. Wir stimmen hier vielmehr Leemann [1]) und Stahel [2]) bei, welche der Auffassung sind, dass eine solche Interpretation dem Gesetz widerspreche, indem dieses nur den Verzicht «zum voraus» als ungültig erkläre und nicht jeden Verzicht schlechthin.

Wir sehen also, dass der in Art. 837 ZGB begründete persönliche Anspruch nach verschiedenen Seiten hin Einschränkungen erhält; einmal ist er in rem scripta, dann hat er vor allem akzessorischen Charakter, und schliesslich unterliegt er nicht einmal der freien Disposition der berechtigten Person. Wir haben es also mit einem recht verklausulierten Recht zu tun.

§ 10.

Die Eintragungsfrist.

I. Bedeutung und Natur der Eintragungsfrist.

a) Art. 839 ZGB bestimmt in seinem Al. 2:

«Die Eintragung hat bis spätestens drei Monate nach der Vollendung ihrer Arbeit (d. h. der Handwerker und Unternehmer, wie aus Al. 1 hervorgeht) zu geschehen.»

Daneben regelt Art. 839 ZGB noch das ganze Verfahren, welches bei der Eintragung eines Baugläubigerpfandrechtes zur Anwendung kommt. Wir werden uns damit im folgenden Paragraphen zu beschäftigen haben; hier betrachten wir nur den Einfluss der von uns angenommenen rechtlichen Natur auf die Eintragungsfrist.

b) Der Grund, weshalb das Gesetz den Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes befristete, liegt nun vor allem darin, dass man damit einen Schutz der gutgläubigen Erwerber des als Pfandobjekt dienenden Grund-

[1]) Kommentar Art. 837 N. 60.

[2]) 36.

stückes erreichen wollte. Der spätere Erwerber soll wissen, dass drei Monate nach Vollendung der Arbeiten von niemanden mehr Eintragung eines Baupfandrechtes verlangt werden kann [1]). Diese Vorschrift betreffend die Eintragungsfrist dient uns aber auch zur Begründung unserer Ansicht, dass Eintragung von Baupfandrechten sowohl im Konkurse des Grundeigentümers als auch gegenüber spätern Erwerbern der Liegenschaft möglich sei. Gerade durch diese letztere Tatsache wird die Bedeutung einer Befristung des Anspruches erst recht verständlich. Der Dritterwerber soll die Gewissheit haben, dass noch während drei Monaten seit Vollendung der Arbeiten Eintragung verlangt werden kann, dass er aber nach Ablauf dieser Frist vor allen Eintragungen unbedingt geschützt ist [2]). Würden wir die Ansicht vertreten, die Eintragung von Baugläubigerpfandrechten könne nur gegenüber dem auftraggebenden Eigentümer verlangt werden, so wäre Sinn und Zweck einer Befristung sehr fraglich; den Schutz von Dritterwerbern könnte sie nicht mehr bezwecken, da ein solcher bereits durch die Natur des Anspruches unbedingt gegeben wäre, und anderseits bestünde kein Grund, das Recht dem Eigentümer gegenüber zu beschränken. Was man mit der Befristung erreichen will, ist, die nötige Klarheit für den Verkehr zu schaffen, einen Zeitpunkt festzulegen, von dem an man weiss, dass keine Eintragung mehr zu befürchten ist.

c) Betrachten wir die Natur der in Al. 2 erwähnten Frist, so kann kein Zweifel darüber bestehen, dass wir es mit einer

[1]) Die Frist hat aber auch Bedeutung bei der Umwandlung der Baukredithypothek in eine feste Hypothek, indem man dadurch einen bestimmten Zeitpunkt erhält, von dem an man weiss, wieviele Pfandrechte nunmehr bestimmt auf dem Grundstück lasten und man keine Anfechtung der Hypotheken mehr zu befürchten hat.

[2]) Vgl. übereinstimmend: Leemann, Kommentar Art. 837 N. 26; Art. 839 N. 13; Bundesrat in J Z **10** 362; Bezirksgericht Zürich in J Z **10** 363; Kantonsgerichtspräsidium St. Gallen in J Z **10** 30 Nr. 23 lit. *e* und *h*; Praxis **3** 261 (auch BGE **40** [2] 197); Huber, Erl 280; Volmar in ZBJV **50** 580.

sogenannten gesetzlichen Befristung zu tun haben [1]). Die Eintragung muss innert derselben vorgenommen worden sein, sei es nun in der Form einer definitiven Eintragung oder einer blossen Vormerkung im Sinne von Art. 961 Ziff. 1 ZGB. Irgendwelche Unterbrechung dieser Frist gibt es nicht; dadurch unterscheidet sie sich gerade von der blossen Verjährungsfrist. Dies hat vor allem die Bedeutung, dass die Anhebung eines Rechtsstreites vor Gericht den Ablauf der Frist keineswegs behindert. Um infolge eines Rechtsstreites seinen Anspruch nicht verlieren zu müssen, besteht die Möglichkeit, vorläufige Eintragung nach Art. 961 Ziff. 1 ZGB zu verlangen [2]). Es ist aber unbedingt nötig, dass vor Ablauf der dreimonatlichen Frist eine Eintragung im Grundbuch erfolge, sei sie nun vorläufig oder gleich definitiv. Die Gerichte haben denn auch alle nach Ablauf dieser Frist auf vorläufige Eintragung lautende Begehren unbedingt abzuweisen, ebenso ein auf definitiven Eintrag lautendes Begehren, in dem nicht der Nachweis erbracht wird, dass vor Ablauf der dreimonatlichen Frist eine Vormerkung des Anspruches im Grundbuch erfolgte. Der Grund, welcher diese Vormerkung verhinderte, ist für den Richter gleichgültig, möge er nun im Verhalten des Eigentümers liegen, welcher den Berechtigten durch Täuschungen zur Versäumung der Frist veranlasste, oder möge der Anspruch auf vorläufige Eintragung vom Richter zu Unrecht verweigert und damit dem Ansprecher die rechtzeitige Eintragung verunmöglicht worden sein.

So wie die Gerichte bei Fristablauf jedes auf Eintragung zielende Rechtsbegehren ohne weitere materielle Prüfung abzuweisen haben, hat auch der Grundbuchverwalter bei Verspätung jede Eintragung zu verweigern. Dies auch dann, wenn der Eigentümer zum Eintrag nach Verstreichung der Frist ausdrücklich zustimmen würde. Das gesetzliche Pfandrecht kann nach der dreimonatlichen Frist nicht mehr ent-

[1]) Leemann, Kommentar Art. 839 N. 9; J Z **10** 362; Praxis **3** 261; Blumenstein 45, 75 und 83.

[2]) GVO Art. 22 Al. 4.

stehen, sein Rechtsgrund ist nicht mehr gegeben; dieser müsste neu geschaffen werden, und das wäre nur durch einen öffentlich beurkundeten Pfandvertrag möglich. Dann hätten wir aber auch kein gesetzliches Pfandrecht mehr, sondern ein vertragliches.

II. Beginn und Berechnung des Fristenlaufes.

a) Gerade so wie die Interessen des gutgläubigen Dritterwerbers eine strenge Praxis in bezug auf den Ablauf der Frist verlangen, so fordern sie nun Klarheit und Sicherheit in bezug auf den Zeitpunkt, der für den Beginn der Frist massgebend ist. Das Gesetz weist gerade hier eine Fassung auf, die bei der Bedeutung der Frist vielleicht doch etwas zu allgemein gehalten ist. Doktrin und Praxis haben die Aufgabe, hier bestehende Lücken auszufüllen. Festzustellen, zu welchen Resultaten sie dabei gelangt sind, möge Aufgabe der folgenden Untersuchung bilden.

b) Massgebend für den Beginn des Fristenlaufes ist nach dem Gesetz der Moment «der Vollendung der Arbeit». Abgesehen von wenigen Ausnahmen [1]), hat man sich in der Literatur und Judikatur [2]) allgemein dahin geeinigt, dass unter «Vollendung» das Datum der letzten Arbeitsleistung des das Eintragungsbegehren stellenden Baugläubigers zu verstehen sei. Entscheidend ist somit nicht die Vollendung des ganzen Werkes, sondern nur der Arbeiten des Ansprechers, und zwar kommt in Betracht der Moment der tatsächlich letzten Arbeitsleistung und nicht etwa der im Werkvertrag angegebene Zeitpunkt der Arbeitsvollendung [3]). Wir sehen also, dass z. B. bei einem Neubau eine ganze Reihe von dreimonatlichen Fristen laufen werden, indem eben jeder

[1]) Wieland, Kommentar Art. 839 Bem. 4; Curti, Kommentar Art. 839 Anm. 6.

[2]) Vgl. Leemann, Kommentar Art. 839 N. 14; Schneebeli 74; Stahel 32; Rossel & Mentha Nr. 1560; Bise 35; Praxis **3** 124 (auch BGE **40** ² 21); Volmar, ZBJV **50** 578.

[3]) Praxis **2** 382 (auch BGE **39** ² 205); Volmar, ZBJV **50** 578.

Handwerker, der einen Werkvertrag für einen bestimmten Arbeitskomplex abgeschlossen hat, seine eigene Frist hat. Ja, es können für denselben Baugläubiger mehrere Fristen in Betracht fallen, wenn er für verschiedene Arbeiten Werkverträge abgeschlossen hat; jeder selbständige Vertrag begründet eine neue Eintragungsfrist [1]). Dies entspricht auch vollständig dem Willen des Gesetzes; denn, würde man den Lauf der Frist mit der Vollendung des ganzen Werkes beginnen lassen, so bedeutete das eine Ungerechtigkeit, indem Handwerker oder Unternehmer, deren Arbeiten naturgemäss am Anfang des Baues vorgenommen werden und lange vor Abschluss desselben vollendet sind, z. B. Erdarbeiter, Maurer, eine viel längere Eintragungsfrist zur Verfügung hätten als diejenigen, deren Arbeiten erst am Schlusse des Baues zur Ausführung gelangen können, z. B. Dachdecker, Maler, Installateure, Tapezierer.

Zu betrachten sind hier noch zwei besondere Fälle des Beginnes der Frist, welche in der Praxis vorgekommen sind. Einmal nämlich gilt als Moment des Fristbeginnes, wenn die Vollendung der Arbeit dem Baugläubiger durch Entzug der Arbeit verunmöglicht wurde, nicht das Datum der letzten effektiven Arbeitsleistung, sondern das Datum des Arbeitsentzuges [2]). Mit Recht sagt Leemann [3]), dass, wenn in diesem Falle der Zeitpunkt der letzten Arbeitsleistung massgebend wäre, jedesmal dann, wenn seit der letzten Arbeitsleistung z. B. infolge Streiks oder ungünstiger Witterungsverhältnisse, mehr als drei Monate verstrichen seien, der Baugläubiger durch einfachen Entzug der Arbeit um sein gesetzliches Grundpfandrecht gebracht werden könne. In einem andern Fall entschied die Praxis [4]), dass, wenn der Handwerker die vertraglichen Arbeiten auf eigene Kosten einem Dritten zum

[1]) Bl Zü R **13** Nr. 49.

[2]) Praxis **2** 382 Erw. 3 (auch BGE **39** ² 205); Volmar, ZBJV **50** 579.

[3]) Kommentar Art. 839 N. 16.

[4]) Bl Zü R 13 Nr. 50.

Fertigmachen übertragen habe, als Beginn des Fristenlaufes die Vollendung der Arbeiten durch diesen Dritten massgebend sei.

Vollendet im Sinne des Gesetzes ist die Arbeit, wie sich das Obergericht des Kantons Schaffhausen ausdrückt [1]), in dem Zeitpunkt, «in welchem sämtliche Arbeitsleistungen, die Gegenstand des in Betracht kommenden Werkvertrages sind, zur Vollendung gelangt und abgeliefert worden sind». Die verschiedenen Arbeitsleistungen bilden somit für den Fristbeginn ein untrennbares Ganzes.

Wie steht es aber mit den sogenannten «Extraarbeiten», die weder im Werkvertrag noch im Baubeschrieb vorgesehen sind? Beginnt die Frist für die vertraglichen Arbeiten erst, wenn auch die Extraarbeiten vollendet sind? Das Bundesgericht hat dahin entschieden [2]), dass die Frist zur Eintragung von dem Zeitpunkte an berechnet werde, wo die im Werkvertrag vorgesehenen Arbeiten vollendet sind und nicht vom Zeitpunkt der Ausführung der Extraarbeiten an. Diese Extraarbeiten werden mit Recht als Folge eines besondern Vertrages angesehen und begründen damit eine neue Eintragungsfrist. Keine Vollendung stellt nach dem gleichen Urteil der blosse Ersatz von schon gelieferten aber fehlerhaften Teilen dar. Ebenso ist nicht massgebend der Moment, wo «absichtlich hinausgeschobene geringfügige Arbeiten» vollendet werden, da sich dies nur als ein Umgehungsversuch des Gesetzes darstellen würde [3]). Endlich wurde entschieden, dass als Moment der Arbeitsvollendung weiter zu betrachten sei der Zeitpunkt, wo im Einverständnis beider Parteien mit der Arbeit aufgehört wurde, auch wenn nicht alles im Werkvertrag Vorgesehene zur Ausführung gelangt sei [4]).

---

[1]) J Z **11** 63.

[2]) Praxis **3** 49 (auch BGE **39** [2] 775); Volmar in ZBJV **50** 581.

[3]) Praxis **3** 124 (auch BGE **40** [2] 21).

[4]) Praxis **3** 260 Erw. 4 (auch BGE **40** [2] 197); Volmar in ZBJV **50** 582; ähnlich ein Fall in BGE **48** [2] 49.

c) Was die Berechnung der Frist anbelangt, so ist zu sagen, dass für diese gemäss Art. 7 ZGB die Vorschriften des Art. 77 und 78 OR massgebend sind [1]).

§ 11.

Das Eintragungsverfahren.

I. Allgemeines.

a) Damit das gesetzliche Pfandrecht der Bauhandwerker und Unternehmer zur Entstehung gelangt, ist die Befolgung eines bestimmten im Gesetz vorgesehenen Verfahrens notwendig. Wir wollen indessen hier nicht eine eingehende Beschreibung desselben geben, sondern uns nur auf einige Bemerkungen beschränken, um dann unsere Aufmerksamkeit mehr dem Verhältnis zwischen der rechtlichen Natur des Anspruches und dem Verfahren zu widmen.

Voraussetzung jeder Eintragung ist nach Art. 839 Al. 3 ZGB, dass die Forderung, für welche ein Grundpfandrecht eingetragen werden soll, vom Grundstückeigentümer als Pfandsumme anerkannt worden, oder dass ihre gerichtliche Feststellung erfolgt ist, oder dass der Eigentümer die Eintragungsbewilligung, sei es nun endgültig oder bloss vorläufig, erteilt hat [2]). Dazu kommt, dass nicht auf andere Weise für die Forderung hinreichende Sicherung geleistet worden sein darf.

Die Eintragung selbst erfolgt durch schriftliche Anmeldung auf dem Grundbuchamt unter Vorlage der für die Begründung der Forderung notwendigen Urkunden. Normalerweise geschieht die Erledigung des ganzen Verfahrens durch die sogenannte definitive Eintragung. Für den Fall aber, dass keine Anerkennung der Forderung durch den Eigentümer vorliegt und der Ansprecher auf Feststellung der Forderung klagen will, kann er an den Richter das Gesuch stellen, die vorläufige Eintragung nach Art. 961 ZGB zu bewilligen.

---

[1]) Vgl. Volmar in ZBJV **50** 580.

[2]) Leemann, Kommentar Art. 839 N. 3—7; Schneebeli 84.

b) Diese vorläufige Eintragung ist vorgesehen in Art. 22 Al. 4 GVO. Darin wird auf Art. 961 Ziff. 1 ZGB verwiesen; wir haben es also mit dem Fall zu tun, wo vorläufige Eintragung erfolgt «zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte». Wie stellt sich nun dazu unsere Annahme, dass der Anspruch auf ein gesetzliches Pfandrecht gar nicht dinglich, sondern obligatorischer Natur, wenn auch in rem scripta ist?

Es wurde die Ansicht vertreten [1]), dass die Verordnung mit ihrer Bestimmung über den Rahmen des Gesetzes hinausgehe, indem wir eben keinen Fall von Art. 961 Ziff. 1 ZGB hätten. Andere wiederum nahmen an, in Al. 4 von Art. 22 GVO handle es sich um einen dritten, den andern Fällen von Art. 961 ZGB analogen Fall [2]). Wieland [3]) subsumierte den Fall unter Ziff. 1 von Art. 961 ZGB.

Eine durchgehend befriedigende Lösung gibt uns eigentlich keine der erwähnten Meinungsäusserungen. Wir glauben, dass die GVO tatsächlich über den Rahmen des Gesetzes hinausginge, wenn sie einen neuen Fall des Art. 961 ZGB schaffen wollte. Demnach müssen wir notwendigerweise dazu gelangen, den Fall unter Art. 961 Ziff. 1 ZGB zu subsumieren wie dies auch die GVO in ihrem Wortlaut tut. Wir können dies unbekümmert, da Art. 837 ZGB eben nicht einen rein persönlichen Anspruch schafft, sondern einen Anspruch besonderer Art, nämlich eine actio in rem scripta. Dadurch nähert er sich in seinen Wirkungen einem dinglichen Anspruch, und es ist nur zu verstehen, wenn man diesen Fall demjenigen zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte gleichstellte, besonders, wenn man noch in Betracht zieht, dass der Gesetzesredaktor selbst immer von einem dinglichen Anspruch sprach [4]). Auch die bundesgerichtliche Praxis, die den Anspruch als rein persönlich auffasst, ist weit davon entfernt, deshalb die Anwendung von Art. 22 Al. 4 GVO zu verunmöglichen [1]).

[1]) Scheidegger 25.

[2]) Schneebeli 88; Leemann, J Z **8** 301; Ostertag, Kommentar Art. 961 N. 8.

[3]) Wieland, Kommentar Art. 839 Bem. 1; Art. 961 Bem. 2 *h*.

[4]) Huber, Sachenrecht 65.

Gemäss Art. 961 Al. 3 ZGB hat der Richter die vorläufige Eintragung zu bewilligen auf blosses Glaubhaftmachen der Forderung hin, und er entscheidet darüber im summarischen Verfahren. Deshalb stellt das Urteil auch kein Haupturteil im Sinne von Art. 58 OG dar, und es kann keine Weiterziehung an das Bundesgericht erfolgen [2]).

II. Der Gerichtsstand für die Geltendmachung des Anspruches.

a) Wenn wir oben den Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechtes als eine actio in rem scripta, also grundsätzlich als einen persönlichen Anspruch, aufgefasst haben, so frägt es sich nun, ob im Falle der gerichtlichen Geltendmachung dieses Anspruches Art. 59 BV auch Anwendung finde, d. h. die Klage am Wohnort des beklagten Grundeigentümers und nicht am Orte der gelegenen Sache eingereicht werden müsse.

Das Bundesgericht hat mit Recht entschieden [3]), dass Art. 59 BV in diesem Falle keine Anwendung finde, denn der Anspruch sei insofern nicht persönlicher Natur, als Gerichtsstand für die Klage nur der Ort der gelegenen Sache sein könne. Diesem Entscheid ist von unserem Standpunkte aus um so mehr zuzustimmen, als ein Anspruch in rem scripta nur ganz beschränkt persönlichen Charakter hat. Wohl ist er primär persönlich, dadurch, dass er aber an eine Sache gebunden ist, verliert er gewisse Eigenschaften eines persön-

[1]) BGE **40** ² 458, danach wird der Fall des beanspruchten dinglichen Rechtes demjenigen des behaupteten dinglichen Rechtes gleichgestellt, somit Art. 837 unter Art. 961 Ziff. 1 subsumiert.

[2]) Leemann, Kommentar Art. 839 N. 47; Praxis **2** Nr. 53 (auch BGE **39** ² 137).

[3]) Praxis **4** 465 (auch BGE **41** ² 284); in gleichem Sinne das erstinstanzliche Urteil in ZBJV **51** 487.

lichen Anspruches und nähert sich in seinen Wirkungen vielmehr einem dinglichen Anspruch, weshalb verschiedene Eigenschaften dinglicher Ansprüche für ihn auch gelten.

Das Bundesgericht sagt in dem erwähnten Entscheid mit Recht, dass dadurch, dass die II. Zivilabteilung in ihrem Entscheid vom 18. November 1914 [1]) den Anspruch aus Art. 837 ZGB als einen persönlichen erklärt habe, die Frage, «ob der Anspruch zu den persönlichen Ansprachen des Art. 59 BV gehöre, nicht ohne weiteres in bejahendem Sinne beantwortet werde». Wieviel mehr trifft dies noch für unsere Auffassung des Anspruches als einer actio in rem scripta zu. Wenn auch der Anspruch passiv auf die Person des bauenden Eigentümers beschränkt bleibe, führt das Bundesgericht weiter aus, und ein dingliches Recht erst mit der Eintragung entstehe, so schliesse der Anspruch doch bereits vorher das dingliche Recht hypothetisch in sich, indem eben das Gesetz dessen Grundlage bildet, derart, dass die Entfaltung seiner Wirksamkeiten lediglich vom einseitigen Eintragungsbegehren des Berechtigten abhänge, wenn im übrigen die Voraussetzungen gegeben und bewiesen seien. Damit gelangt das Bundesgericht eigentlich zu der gleichen Ansicht, wie sie von Leemann [2]) vertreten wird, und wie wir sie oben erwähnt haben [3]). Wenn die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes sagt, dass Gegenstand des Baupfandrechtes ein Vorzugsrecht auf Befriedigung aus dem Mehrwert des Grundstückes bilde, und deshalb bereits dem Anspruch auf Bestellung dieses Rechtes an der Sache dinglicher Charakter zuerkannt werden müsse, so setzt sie sich in direkten Widerspruch zu dem mehrfach erwähnten Entscheid der II. Zivilabteilung.

Wir können den Ausführungen der staatsrechtlichen Abteilung nur beistimmen, wenn sie weiterhin erklärt, dass der Anspruch gegen das zu belastende Grundstück gerichtet sei und der Eigentümer nur soweit ins Recht gefasst werde, als

[1]) BGE **40** [2] 452.
[2]) Leemann, J Z **9** 85.
[3]) 44.

er als dessen Vertreter erscheine; denn damit kommt sie eigentlich zu dem gleichen Resultate wie wir, zu einer actio in rem scripta, wenn sie es auch nicht direkt ausspricht.

Der Entscheid des Staatsgerichtshofes stellt sich als ein etwas widerspruchsvoller dar. Aber die Widersprüche sind aus dem Streben zu erklären, wenn möglich nicht von dem erwähnten Urteil der II. Zivilabteilung abzuweichen. Tatsächlich ist dies aber doch der Fall. Nur geht aus der ganzen Begründung nicht recht hervor, ob das Gericht sich direkt der Ansicht von Leemann anschliessen wollte, oder ob es mehr der von uns verfochtenen Ansicht zuneigte. Jedenfalls ist es nur richtig, wenn das Gericht weiterhin ausführt, dass auf keinen Fall der Schutz des Art. 59 BV angerufen werden könne, da der Begriff der «persönlichen Ansprachen» Ansprüche, wie sie Art. 837 ZGB begründe, nicht umfasse [1]).

Endlich sprechen auch Erwägungen zweckmässiger Natur dafür, dass Gerichtsstand der Ort der gelegenen Sache sei; denn die tatsächlichen Verhältnisse können dort besser festgestellt werden, wo die Arbeiten ausgeführt wurden und aus dem Grundbuch die rechtlichen Verhältnisse des Grundstückes ersehen werden können, ganz abgesehen davon, dass im Falle, wo ein ausserkantonales Gericht über den Anspruch urteilen würde, für dessen Vollstreckung das Exequatur nach Art. 61 BV eingeholt werden müsste, da kein ausserkantonaler Richter einem Grundbuchverwalter direkte Weisungen erteilen kann, bei diesem Verfahren aber die Gefahr bestehen würde, dass die dreimonatliche Frist verstreichen würde, bevor der Eintrag erfolgte.

Wenn das Begehren um Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechtes am Orte der gelegenen Sache erhoben werden muss, so gilt dieser Gerichtsstand auch für die Klage auf Feststellung der Werklohnforderung; denn diese Feststellung bildet ja Voraussetzung für die Eintragung eines Baupfandrechtes; eine Trennung ist somit nicht zulässig.

[1]) Burckhardt 570 ff.

Es frägt sich noch, ob dieser Gerichtsstand auch gilt für die Feststellung der Schuld- und Zahlungspflicht des Eigentümers; denn diese braucht nicht unbedingt mit der Feststellung der Forderung verbunden zu sein, indem der Eigentümer nicht notwendigerweise selbst auch Schuldner der Werklohnforderung sein muss. Der Gerichtsstand der gelegenen Sache ist indessen hier ebenfalls zu bejahen. Es geht nicht an, für die Feststellung der Schuldpflichtfrage ein besonderes Verfahren zuzulassen, wo doch für die Feststellung der Forderung Bestand und Höhe ebenfalls beurteilt werden müssen. Hätten aber zwei Gerichte die genau gleiche Frage zu behandeln, so müsste man befürchten, dass abweichende Entscheide gefällt würden, wodurch unhaltbare Zustände begründet würden [1]).

§ 12.

Die rechtliche Natur des errichteten Grundpfandrechtes.

I. Wir haben in § 5 I gesehen, dass mit der Frage nach der rechtlichen Natur des Anspruches auch zugleich zu einem gewissen Teil die Frage nach der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes ganz allgemein gestellt wurde, indem sich der Anspruch als das subjektive Recht auf dessen Entstehung darstelle und als solches einen bestimmten Ausfluss des Baugläubigerpfandrechtes bedeute. Haben wir die Frage nach der rechtlichen Natur des Anspruches beantwortet, so haben wir zugleich auch einen Teil der Frage nach der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes überhaupt beantwortet, insoweit nämlich, als aus dem Begriff Baugläubigerpfandrecht ein subjektives Recht auf dessen Errichtung fliesst. Was wir aber noch nicht beantwortet haben, ist die Frage nach der rechtlichen Natur des einmal errichteten Pfandrechtes, die Frage nach dessen Inhalt und Charakter. Vor allem haben wir zu untersuchen, ob durch die verschiedenen

[1]) Vgl. Erw. 3 des erwähnten bundesgerichtlichen Urteils in **41** [2] 284.

Umschreibungen, die der Anspruch aus Art. 837 ZGB bereits erfahren hat, auch Inhalt und Charakter des einmal errichteten Pfandrechtes beeinflusst werden.

II. Wir können aber feststellen, dass sich der Inhalt des Baugläubigerpfandrechtes gleich bleibt, ganz gleichgültig, wie wir die rechtliche Natur des Anspruches auf seine Errichtung auffassen. Das einmal eingetragene Baugläubigerpfandrecht hat immer den Charakter einer Grundpfandverschreibung, genau so wie alle andern gesetzlichen Grundpfandrechte [1]). Dies ergibt sich vor allem aus der Stellung des gesetzlichen Grundpfandrechtes im System des ZGB. Die Art. 837—841 ZGB befinden sich nämlich im zweiten Abschnitt von Titel 22, welcher Abschnitt von der Grundpfandverschreibung handelt.

Dies hat nun zur Folge, dass die Bestimmungen des Gesetzes über die Grundpfandverschreibung ganz allgemein zur Anwendung kommen, soweit nicht durch die besondere Natur des Grundpfandrechtes als eines gesetzlichen Ausnahmen geschaffen worden sind. Solche bestehen vor allen Dingen für die Errichtung; hier gelten die besondern Bestimmungen, welche eben die Eigenart eines gesetzlichen Grundpfandrechtes ausmachen. Was aber das Gesetz im allgemeinen in bezug auf die Folgen von Eigentümerwechsel, Zerstückelung und Untergang gesagt hat, gilt auch für die gesetzlichen Grundpfandrechte des Art. 837 ZGB. Das einmal errichtete Grundpfand ist in seinem Inhalt vollständig einer gewöhnlichen Grundpfandverschreibung gleichgestellt. Wir können uns somit hier kurz fassen, da alles, was für die Grundpfandverschreibung im allgemeinen gilt, auch hier seine Bedeutung hat.

III. Was die Folgen eines Grundeigentümerwechsels anbelangt, so gilt hier die Regelung des Art. 832 ZGB vollständig. Ebenso findet Art. 833 ZGB volle Anwendung im Falle der Zerstückelung. Erfolgt die Zerstückelung nach

[1]) Vgl. § 3 II *b*.

Eintragung der Baugläubigerpfandrechte, so werden dieselben mangels anderer Abrede derart verteilt, dass jeder der Teile des Grundstückes nach seinem Werte verhältnismässig belastet wird [1]). Anders verhält sich die Sache, wenn die Baugläubigerpfandrechte bei der Zerstückelung noch nicht eingetragen sind. Art. 833 ZGB findet hier keine Anwendung, sondern es wird jedes Teilgrundstück mit derjenigen Zahl von Pfandrechten belastet, welche sich als den Ausfluss von Arbeitsleistungen darstellen, die dem betreffenden Teilgrundstücke zugute gekommen sind. Hat z. B. der Schreinermeister X. auf dem Grundstücke A an den Bauten *a*, *b* und *c* Arbeit geliefert, so kann er bei Aufteilung des Grundstückes A in seine Teilstücke *a*, *b* und *c* an jedem nur denjenigen Teil seiner Arbeit geltend machen, welcher direkt in denselben geliefert worden ist, also z. B. auf dem Grundstück *a* nur die Arbeit, welche auch tatsächlich nur auf diesem Grundstück vorgenommen wurde. Dabei hat nun Scheidegger [2]) zu Unrecht angenommen, dass der Anspruch an einem Teilgrundstücke nur bestehe, wenn kein Wechsel des Eigentümers mit der Teilung verbunden ist. Diese Ansicht ist eine Folge seiner obligationenrechtlichen Auffassung des Anspruches. Bei unserer Auffassung des Anspruches als einer actio in rem scripta lässt sich der Standpunkt Scheideggers in keiner Weise halten, vielmehr gilt, dass der Anspruch auch unbeschränkt dem Erwerber eines Teilstückes gegenüber besteht [3]).

Ist ein Teil der Pfandrechte vor, ein Teil nach der Zerstückelung eingetragen worden, so macht sich die Verteilung so, dass für die vor der Zerstückelung eingetragenen Art. 833 ZGB gilt, für die nach der Zerstückelung eingetragenen aber das soeben Gesagte.

Was den Untergang des Baugläubigerpfandrechtes anbelangt, so geschieht dies wie bei allen Grundpfandrechten

[1]) Schneebeli 109; Scheidegger 30.
[2]) 32.
[3]) Schneebeli 108.

nach Art. 801 ZGB entweder durch Löschung des Pfandrechtes im Grundbuch oder durch Untergang des Grundstückes selber. Als Löschungsgründe kommen dabei in Betracht, die Vernichtung der dem Pfandrecht zugrunde liegenden Forderungen (Zahlung), die Leistung anderweitiger genügender Sicherheit, der Verzicht des Berechtigten und die Realisierung des Pfandrechtes auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung.

Dem Zwecke unserer Arbeit folgend, verzichten wir auf eine eingehende Darstellung der verschiedenen Löschungsgründe und besonders des dabei zur Anwendung kommenden Verfahrens. Alle diese Fragen stehen in keinem direkten Zusammenhang mit der rechtlichen Natur des Baugläubigerpfandrechtes, sondern sind mehr verfahrensrechtlichen Inhalts, als solche aber gehört ihre Betrachtung nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

4. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechtes.

§ 13.

Untersuchung der rechtlichen Natur.

I. Allgemeines.

In Art. 841 ZGB finden wir als Ergänzung des den Baugläubigern eingeräumten Pfandrechtes ein Anfechtungsrecht, mit dessen Hilfe es ihnen ermöglicht wird, für den Fall, dass sie mit ihren Forderungen trotz des Pfandrechts zu Verlust kommen, die ihnen vorgehenden Pfandrechte unter bestimmten Voraussetzungen anzufechten und aus deren Wert für ihre Verluste Deckung zu suchen.

Fassen wir die Gesamtheit der in den Art. 837—841 ZGB unter dem Begriff Baugläubigerpfandrecht enthaltenen Bestimmungen zusammen, so sehen wir, dass die aus denselben fliessenden Rechte dreierlei Art sind: Einmal haben wir den sogenannten Anspruch auf Errichtung, d. h. das subjek-

tive Recht auf Begründung des Pfandrechtes, dann haben wir das Pfandrecht an sich, und endlich finden wir in Art. 841 noch das sogenannte Anfechtungsrecht. Das Gesetz selbst braucht zwar den Ausdruck «Anfechtungsrecht» nicht, sondern spricht in allen drei Texten von einem «Vorrecht» («privilège», «privilego»). Dennoch ist der Ausdruck «Anfechtungsrecht» in Literatur [1]) und Praxis allgemein gebräuchlich. Damit wird zugleich die Verwandtschaft dieses Rechtes mit dem im Betreibungsgesetz bekannten Anfechtungsrecht betont; dessen Bestimmungen denn auch direkt als Vorbild gedient haben. Unser Gesetz hat nämlich mit der Schaffung dieses Anfechtungsrechtes mit Erfolg selbständige und neue Wege betreten, wie sie bis dahin von keinem ausländischen Gesetze zum Schutze der Bauhandwerker begangen worden waren. Einzig in einigen Gesetzen Amerikas lassen sich gewisse Züge erkennen, die als Vorbild gedient haben mögen [2]).

II. Rechtliche Natur des Anfechtungsrechtes.

a) Das Pfandrecht der Baugläubiger erstreckt sich wie jedes Pfandrecht auf den ganzen Wert des Grundstückes, d. h. auf den Boden und alle darauf errichteten Bauten. Für das Anfechtungsrecht statuiert Art. 841 ZGB eine gewisse Beschränkung in dem Sinne, als der Ausfall der zu Verlust kommenden Baugläubiger aus dem «den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen ist.» Die Baugläubiger haben demnach einen unmittelbaren Anspruch auf Befriedigung aus dem Werte der ihnen vorgehenden Pfandrechte, aber dieses Recht ist in seinem Umfange beschränkt. Es erstreckt sich nur auf einen Teil der vorgehenden Pfandrechte, nämlich nur so weit, als sie den Wert des Bodens übersteigen, d. h. das Anfechtungsrecht ist beschränkt auf den Bauwert des

[1]) Wieland, Kommentar Art. 841; Leemann, Kommentar Art. 841; Schneebeli 136; Scheidegger 40 u. a. m.

[2]) Bise 46.

Unterpfandes. Dies bedeutet, dass nicht das ganze Grundstück mit dem Anfechtungsrecht der Baugläubiger belastet ist, sondern nur der Teil, der den Bodenwert übersteigt, d. h. alle auf dem Grundstück errichteten Bauten, welche als solche den sogenannten Bauwert ausmachen [1]). Nun ist aber die vom Gesetze in seinem Wortlaute getroffene Fassung zu eng, indem sie nicht für alle Fälle passt, sondern nur für diejenigen, wo es sich um Neubauten handelt. Das Baugläubigerpfandrecht findet aber nach übereinstimmender Ansicht [2]) nicht nur für Neubauten Anwendung, sondern auch für Umbauten und Reparaturen aller Art. Indessen trifft es nur für Neubauten zu, dass die den Bauwert übersteigende Werterhöhung der Arbeit und den Materiallieferungen der Baugläubiger zuzuschreiben ist. Bei Umbauten und Reparaturen dagegen haben die Baugläubiger nicht den ganzen Bauwert verursacht, sondern nur denjenigen, welcher sich als direkte Folge ihrer Arbeit hinstellt. Trotzdem soll für diesen Fall das Anfechtungsrecht auch gelten; es entspricht aber dem wahren Willen des Gesetzes, wenn wir hier das Anfechtungsrecht beschränken auf den durch die Arbeit der Baugläubiger direkt herbeigeführten Mehrwert, mag dieser auch ganz bedeutend über dem eigentlichen Bodenwert liegen. Es kann nicht angehen, dass Pfandrechte, die infolge des hohen Wertes der Bauten auf das Grundstück gelegt worden sind, lange bevor die Umbauten oder Reparaturen vorgenommen wurden, einer Anfechtung unterliegen. Nur wenn diese Pfandrechte den Wert der Grundstücke vor Beginn der Umbauten oder Reparaturen überschreiten, sollen sie anfechtbar sein, vorausgesetzt, dass auch die andern gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, z. B. die Erkennbarkeit der Überlastung für die Gläubiger. Praktisch mag dies z. B. in folgendem Fall werden: Jemand verkauft ein Grundstück mit Baute, das

[1]) Vgl. Huber, Sachenrecht 30.

[2]) Schneebeli 65; Leemann, Kommentar Art. 837 N. 53; Wieland, Kommentar Art. 837 Bem. 6 u. a. m.

einen Wert von Fr. 20,000 hat, für Fr. 25,000, und lässt sich für den Kaufpreis ein Grundpfandrecht errichten. Es werden Umbauten im Werte von Fr. 3000 vorgenommen. Bei Verwertung beträgt der Erlös Fr. 23,000. Hier haben nun die Baugläubiger das Recht, die vorgehende Hypothek bis zum Wert des Grundstückes vor dem Umbau anzufechten, d. h. im Umfange von Fr. 3000. Da der Wortlaut des Gesetzes diesen Fall nicht direkt erfasst, sein Einschluss aber einzig Sinn und Zweck des Gesetzes erfüllt, müssen wir das Gesetz ausdehnend auslegen und es in dem Sinne erweitern, dass eine Belastung des Grundstückes zum Nachteil der Baugläubiger immer dann vorhanden ist, wenn sie den Wert des Grundstückes im Zeitpunkt des Baubeginnes übersteigt.

b) Für die Umschreibung der rechtlichen Natur des Anfechtungsrechtes oder genauer des Anspruches auf Befriedigung aus den den Wert des Bodens übersteigenden Pfandrechten vorgehender Gläubiger ist es von grosser Bedeutung zu wissen, ob dieser Anspruch nur gegenüber den vorgehenden Pfandgläubigern persönlich geltend gemacht werden kann, oder ob er auch im Falle des Konkurses des Schuldners Bestand habe, d. h. der Baugläubiger Deckung beanspruchen könne aus dem Konkursbetreffnis des vorgehenden Pfandgläubigers, dem Anspruch somit dingliche Wirkung zukomme.

In einem ersten Entscheid [1]) hat sich das Bundesgericht auf den Standpunkt gestellt, der Anspruch sei rein persönlich, der Baugläubiger habe somit kein Recht auf Befriedigung aus dem den vorgehenden Pfandgläubigern zufallenden Konkursbetreffnis, sein Anfechtungsrecht komme überhaupt nicht im Konkurse zur Liquidation, sondern müsse in einem besondern Prozesse geltend gemacht werden. Irgendein dingliches Recht am Pfandrechtserlös vorgehender Pfandgläubiger stehe dem Baugläubiger nicht zu.

[1]) Praxis **2** Nr. 155 (auch BGE **39** [1] 283); Bescheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer in BGE **39** [1] 302.

Mit Recht hat das Bundesgericht in einem spätern Entscheid [1]) diesen Standpunkt verlassen und sich der auch von Leemann [2]) vertretenen Auffassung von der dinglichen Natur des Anfechtungsrechtes angeschlossen, welche Ansicht wir auch zu der unsrigen machen möchten.

Das Gericht äussert sich dahin, dass «der besondere Schutz, den das Gesetz den Bauforderungen gewährt, auf dem Gedanken beruhe, dass der Mehrwert, den die Handwerker durch ihre Verwendungen auf dem Baugrundstück geschaffen haben, nicht auf Grund eines vorgehenden Pfandrechtes von einem Grundpfandgläubiger vorweggenommen werden kann, sondern den *Handwerkern als gemeinsames Pfand dienen soll*». Die Folge dieser Ansicht ist, dass der Mehrwert den Baugläubigern bereits als Pfand verfangen ist und es nur der Geltendmachung des Anfechtungsrechtes bedarf, um eine Auszahlung des Konkursbetreffnisses an die vorgehenden Pfandgläubiger zu verhindern. Damit hat sich das Gericht auf den Boden der Dinglichkeit des Anfechtungsrechtes gestellt, da sich dasselbe eben nur als die Geltendmachung eines bereits verfangenen und als Pfand haftenden Mehrwertes darstellt. Dass die Baugläubiger bereits eine gewisse Gewalt über den Mehrwert ausüben, geht aus Al. 3 von Art. 841 ZGB hervor, wonach die Baugläubiger das Recht haben, zu bewirken, dass während der Eintragungsfrist nur Grundpfandverschreibungen auf dem Grundstücke errichtet werden können, was gerade den Zweck hat, den Mehrwert des Grundstückes den Baugläubigern zu erhalten.

Eine Bestätigung der ganzen hier entwickelten Auffassung finden wir in Art. 117 VZG. Wir verweisen auf die in § 14 folgende Betrachtung dieser Bestimmung.

Der in Art. 841 ZGB statuierte Anspruch stellt sich als eine Anfechtungsklage dar, wie sie vor allem in Sch K G

[1]) Praxis **7** 47 (auch BGE 43 [2] 606).
[2]) Kommentar Art. 841 N. 6.

Art. 285—292 enthalten ist, oder wie sie das ZGB unter anderm in Art. 578 kennt. Zweck einer Anfechtungsklage ist es, gewisse dem Zugriffsrecht der Gläubiger entzogene Vermögenswerte des Schuldners denselben wieder zugänglich zu machen. Wenn auch die Anlehnung an das Sch K G in unserem Falle bewusst geschehen ist, so bestehen doch bedeutende Unterschiede gegenüber der Pauliana des Sch K G. Vor allem ist unsere Klage, wie wir gesehen haben, nicht persönlich, sondern dinglich, während die Pauliana rein persönlichen Charakters ist.

Eine Anlehnung an das Sch K G finden wir indessen in den Voraussetzungen der Klage. Art. 288 Sch K G verlangt, dass die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, für die aus seiner anfechtbaren Verfügung Begünstigten erkennbar gewesen sein muss. Es wird also kein positives Wissen von der schädigenden Absicht verlangt, sondern es genügt, dass man diese Absicht bei ordentlicher Aufmerksamkeit hätte erkennen können, die blosse Möglichkeit des Erkennens ist genügend. Genau dasselbe finden wir nun in Art. 841 ZGB. Auch hier genügt es, wenn die Belastung des Grundstückes eine solche war, dass sie in einer für den Pfandgläubiger *erkennbaren Weise* den Baugläubigern zum Nachteil gereichte. Auch hier ist ein blosses Erkennenkönnen verlangt und nicht ein tatsächliches Erkennen. Die beiden Begriffe in Sch K G und ZGB decken sich also. Demnach findet die Judikatur, welche sich über den Begriff der Erkennbarkeit in der mehr als 30jährigen Sch K G-Praxis gebildet hat, unbeschränkt Anwendung auf Art. 841 ZGB [1]).

Ein Unterschied zwischen den beiden Gesetzen besteht aber doch. Verschieden ist nämlich das Objekt der Erkennbarkeit. Im Sch G K ist auf ein rein subjektives Moment abgestellt, nämlich die *Absicht*, die Gläubiger zu schädigen. Objekt der Erkennbarkeit ist nicht die Benachteiligung als solche, sondern die Benachteiligungs*absicht*.

[1]) Vgl. Schneebeli 151; Leemann, Kommentar Art. 841 N. 21; Judikatur bei Jäger, Kommentar zum Sch K G Art. 288 N. 5.

Ganz anders das ZGB. Nachdem noch im bundesrätlichen Entwurf das Objekt der Erkennbarkeit die Absicht war, ist jetzt Gegenstand derselben ein rein objektives Moment. Erkennbar muss nämlich sein die Tatsache, dass die Belastung in einer *Weise* vorgenommen wurde, die die Baugläubiger benachteiligte. Objekt der Erkennbarkeit ist also etwas Objektives, nämlich die Benachteiligung, die Schädigung der Baugläubiger. Gleichgültig ist es für den beklagten Pfandgläubiger, ob der Grundeigentümer wirklich die Absicht hatte, seine Baugläubiger zu schädigen. Auf dessen Willen kommt es bei der Haftbarmachung der vorgehenden Pfandgläubiger gar nicht an, es genügt, wenn objektiv die Belastung den Baugläubigern zum Nachteil gereichte.

c) Endlich ist noch zu bemerken, dass wir den Vorschriften des Art. 841 ZGB zwingenden Charakter zusprechen müssen, obschon dies in Art. 841 im Gegensatz zu Art. 837 ZGB nicht ausdrücklich gesagt ist. Die Vorschrift dient zum Schutze der Baugläubiger, deshalb muss verhindert werden, dass dieselben, dem Drucke der Konkurrenz unterliegend, zum voraus auf das Anfechtungsrecht verzichten. Wenn wir diese Ansicht vertreten, so erweitern wir nicht etwa die Bestimmung des Art. 841 ZGB, sondern wir erklären die Bestimmung des Art. 837 Al. 2 ZGB auch für Art. 841 anwendbar. Es geschieht dies aus der Erwägung heraus, dass das Baugläubigerpfandrecht auch das Anfechtungsrecht des Art. 841 ZGB umfasse, und deshalb die Vorschrift in Art. 837 Al. 2 ganz allgemeine Geltung habe, besonders, da in Art. 837 Al. 2 nicht nur vom Anspruch auf Errichtung die Rede ist, sondern vom gesetzlichen Grundpfandrecht ganz allgemein, Art. 841 aber auch einen Teil desselben darstellt [1]).

[1]) So hat z. B. auch die Kantonalbank Bern ihre Bestimmungen für die Erteilung von Baukrediten abgeändert, indem sie in einem neuen Formular den Passus nicht mehr aufnahm, wonach die Bauhandwerker erklärten, dass die Baukredithypothek nicht zum Nachteil der Handwerker und Unternehmer errichtet worden sei, was einem Verzicht auf das Anfechtungsrecht gleichkam.

Zusammenfassend können wir die rechtliche Natur des Anfechtungsrechtes charakterisieren als diejenige dingliche Klage, welche darauf hinzielt, aus dem durch die Baugläubiger geschaffenen und ihnen kraft Gesetzes verfallenen Mehrwerte eines Grundstückes Befriedigung für ihre Forderung zu verlangen, unter Verdrängung des den vorgehenden Pfandgläubigern zustehenden dinglichen Rechtes an diesem Mehrwerte.

§ 14.

Das Verfahren bei der Geltendmachung des Anfechtungsrechtes.

In der Literatur hat vor allem Anlass zu den verschiedensten Auffassungen die Frage gegeben, in welchem Moment der in Art. 841 ZGB geschaffene Anspruch vom Baugläubiger geltend gemacht werden müsse. Obschon mehrheitlich die Ansicht vertreten wurde, dass die Anfechtung im Konkurse des Grundeigentümers möglich sei, also der Anspruch dinglichen Charakter aufweise, war man sich über den Zeitpunkt dieser Anfechtung und über das dabei zu befolgende Verfahren nicht im klaren. Wieland [1]) als einer der ersten, die sich zu unserer Frage äusserten, vertrat die Auffassung, eine Anfechtung sei erst möglich, wenn die Gewissheit bestehe, dass die Baugläubiger zu Verlust gekommen seien; dies sei aber erst nach der Verwertung des Unterpfandes der Fall, und deshalb könne die Anfechtung erst im Verteilungsstadium erfolgen, d. h. bei der Pfandbetreibung durch Anfechtung des Kollokationsplanes nach Art. 148 Sch K G und im Konkurs durch Anfechtung der Verteilungsliste nach Art 263 Sch K G. In beiden Fällen geschehe somit die Anfechtung auf dem Wege der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen. Andere [2]) leugneten die Richtigkeit der Auffassung Wielands und ver-

[1]) Kommentar Art. 841 Bem. 5.
[2]) Müller 30; Volmar, Zeitfragen 60.

traten vielmehr die Ansicht, dass die Anfechtung auf alle Fälle nicht durch blosse Beschwerde möglich sei, sondern, dass es dazu immer eines richtigen Prozesses bedürfe. Dies geschehe bei der Pfandbetreibung durch Bestreitung des Lastenverzeichnisses, nach Art. 140 Sch K G und im Falle des Konkurses im Verfahren eines ordentlichen Kollokationsprozesses nach Art. 250 Sch K G. Mit Recht trat Schneebeli [1]) diesen beiden Meinungsäusserungen entgegen. Gegenüber den Ansichten von Volmar und Müller machte er geltend, dass im Moment der Kollokationsklage und des Lastenbereinigungsverfahrens ein Verlust der Baugläubiger noch gar nicht festgestellt sei, somit auch noch keine Anfechtung zugelassen werden dürfe, die blosse Wahrscheinlichkeit des Verlustes aber noch nicht genüge. Voraussetzung jeder Anfechtung sei ein wirklich eingetretener Verlust der Baugläubiger. Der Auffassung Wielands hielt er die Tatsache entgegen, dass die anfechtbaren, den Baugläubigern unmittelbar vorgehenden Pfandrechte in den meisten Fällen, weder im Konkurse noch bei einer Pfandbetreibung, realisiert werden. Somit figurierten sie gar nicht im Kollokationsplan und könnten aus diesem Grunde nicht angefochten werden. Schneebeli und mit ihm Stahel [2]) und Scheidegger [3]) sind vielmehr der Ansicht, dass es sich hier nicht um den Entscheid einer betreibungsrechtlichen, sondern einer zivilrechtlichen Frage handle, und dass dafür nur der Zivilrichter zuständig sein könne, und schon aus diesem Grunde der Aufsichtsbehörde als eines Organes des Betreibungsrechtes nicht unterbreitet werden dürfe. Er kommt deshalb zu folgendem Resultat: Gelange das den Baugläubigern vorgehende Pfandrecht zur Realisierung, so geschehe bei der Pfandbetreibung die Anfechtung auf dem Wege des Kollokationsstreites nach Art. 148 Sch K G. Nur in

[1]) 157.
[2]) 39.
[3]) 42.

diesem Falle werde die Forderung in den Kollokationsplan aufgenommen, und es sei dann dieAnfechtung desselben beim Richter möglich. Immerhin stehe es den Baugläubigern auch in diesem Fall frei, die Anfechtung in einem spätern Moment durch gewöhnlichen Prozess vorzunehmen; denn eine Befristung zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes bestehe nicht. In allen andern Fällen, nämlich immer bei Überbindung des anfechtbaren vorgehenden Pfandrechtes und im Konkursfalle auch bei seiner Realisierung, könne die Anfechtung nur auf dem Wege eines selbständigen ordentlichen Prozesses erfolgen, der nach durchgeführter Betreibung oder Konkurs angehoben werden müsse.

Diese von Schneebeli vertretene Ansicht hat nun in Art. 117 VZG ihre Anerkennung gefunden, und damit ist auch die dingliche Natur des Anspruches bestätigt worden. Art. 117 VZG, welcher Artikel nach Art. 132 VZG auch für den Konkursfall Anwendung findet, bestimmt nämlich, dass im Falle, wo Baugläubiger bei der Verteilung mit ihren Pfandforderungen zu Verlust kommen, das Betreibungsamt ihnen eine Frist von 10 Tagen ansetzen müsse, um ihr Anfechtungsrecht beim Gericht des Betreibungsortes (auch wieder eine Bestätigung der dinglichen Natur des Rechtes) geltend zu machen. Bis zur Erledigung eines solchen Prozesses werde mit der Verteilung des auf die angefochtenen Pfandrechte fallenden Verwertungsbetreffnisses zugewartet und im Falle des Obsiegens dieses direkt dem Baugläubiger im Umfange des Urteils zugewiesen. Im Falle, dass das angefochtene Pfandrecht dem Erwerber überbunden werden sollte, würde der Baugläubiger einfach gemäss seinem obsiegenden Urteil in dieses Pfandrecht eingewiesen und dies im Grundbuch und Titel angemerkt.

Die VZG schafft hiermit ein amtliches Verfahren zur Befriedigung des Anfechtungsanspruches der Baugläubiger, das in allen Fällen das gleiche ist, nämlich auch dann, wo nach Schneebeli «Erledigung durch Kollokationsklage möglich wäre», d. h. bei Realisierung der vorgehenden Pfandforderungen bei gewöhnlicher Pfandbetreibung. Mit Recht hat das Bundesgericht diesen Fall den andern gleichgestellt und ein für allemal die Durchführung eines ordentlichen Prozessverfahrens vorgeschrieben. Nichts hindert natürlich die Baugläubiger, die Anfechtung erst in einem spätern Zeitpunkte vorzunehmen. Dies müsste wiederum durch gewöhnlichen Prozess geschehen, nur wäre dann die Vollziehung des Anspruches nicht mehr durch ein amtliches Verfahren des Betreibungs- und Konkursamtes gesichert.

II. Teil.

Das Verhältnis des Baugläubigerpfandrechtes zum Baukredit und die Stellung des Treuhänders.

§ 15.

Das Verhältnis des Baugläubigerpfandrechtes zu andern Pfandrechten.

I. Von den Gegnern eines Baugläubigerpfandrechts wurde bei der Schaffung des ZGB hauptsächlich hervorgehoben, dass ein wirksamer Schutz der Baugläubiger nicht möglich sei, ohne die Interessen der andern Pfandgläubiger, insbesondere der Baukreditgeber, zu verletzen. Das ZGB hat versucht, diese widersprechenden Interessen in einer für alle annehmbaren Lösung zu vereinigen. Es hat dies erreicht, indem es folgende Grundsätze aufstellte: Das Baugläubigerpfandrecht erhält keine Privilegierung, sondern nimmt wie jedes andere Pfandrecht seinen Rang nach dem Datum seiner Eintragung ein; diejenigen Pfandrechte also, die bei definitiver oder provisorischer Eintragung eines Baugläubigerpfandrechtes bereits eingetragen sind, gehen ihm vor, alle andern nach [1]). Unter sich haben alle Baugläubigerpfandrechte unabhängig vom Datum ihrer Eintragung gleichen

[1]) Allerdings steht es nicht direkt im Gesetz, dass die Baugläubigerpfandrechte den Rang nach ihrem Eintragungsdatum haben; da dies aber der allgemeine Grundsatz des Gesetzes ist (Art. 972 ZGB), bedarf es keiner ausdrücklichen Vorschrift mehr. Vgl. die übereinstimmenden Äusserungen von Leemann, Kommentar Art. 840 N. 1; Wieland, Kommentar Art. 840; Schneebeli 114; Scheidegger 40; Rossel & Mentha Nr. 1564.

Rang (Art. 840 ZGB). Den Schutz vor Überlastungen des Grundstückes zu seinem Nachteil findet das Baugläubigerpfandrecht durch das in Art. 841 ZGB statuierte Anfechtungsrecht, welches allerdings auch eine Art Vorrecht bedeutet, aber den Vorteil hat, dass es nicht ohne weiteres wirksam wird, sondern eines ganz speziellen Anfechtungsverfahrens bedarf.

Durch diese Regelung ist es dem ZGB gelungen, einen hinreichenden Schutz der Baugläubiger zu erreichen, und zugleich eine Verteuerung des Hypothekarkredites zu verhindern, welch letzteres ohne Zweifel der Fall gewesen wäre, wenn durch das Baugläubigerpfandrecht für den Hypothekarkredit Gefahren entstanden wären.

Wir haben uns im folgenden nur mit den Beziehungen zwischen Baugläubigerpfandrecht und andern Pfandrechten, seien es nun Hypotheken irgendwelcher Art, oder handle es sich direkt um Baukredite, zu beschäftigen.

II. Der Rang aller Pfandrechte, also auch der Baugläubigerpfandrechte, richtet sich, wie wir gesehen haben, nach dem Datum ihrer Eintragung. Demgegenüber gilt der Grundsatz, dass alle Baugläubigerpfandrechte unter sich den gleichen Rang haben. Diese beiden Grundsätze finden ihre Äusserung namentlich in folgendem von Wieland erwähnten Fall [1]): Auf einem Grundstück lasten im I. Rang Fr. 30,000 für die Baugläubiger, im II. Rang wird eine Baukredithypothek über Fr. 30,000 errichtet, daran schliessen sich weiter Fr. 30,000 Bauforderungen. Der Erlös gibt Fr. 70,000. Die auf die Baugläubiger insgesamt entfallenden Fr. 40,000 werden gleichmässig verteilt auf sämtliche Baugläubiger I. und II. Ranges, also auf diejenigen vor und diejenigen nach dem Eintrage der Baukredithypothek von Fr. 30,000.

Aus diesem Beispiel ergibt sich einmal, dass Baugläubigerpfandrechte, je nach dem Datum der Eintragung, ganz verschiedenen Rang haben können, sofern es sich um das Verhältnis zu andern Pfandrechten handelt, dass sie aber unter

[1]) Kommentar Art. 840.

sich bei einer Verwertung alle gleich behandelt werden und auch alle im gleichen Verhältnis zu einem eventuellen Verlust kommen. Jede andere Lösung im erwähnten Fall würde einem der vom Gesetze anerkannten Grundsätze widersprechen. Das Bundesgericht hat nun in seiner Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 noch folgende ergänzende Bestimmungen aufgestellt. Nach Art. 106 VZG werden nämlich Baugläubigerpfandrechte, die dem betreibenden Gläubiger teils vor- und teils nachgehen bei der Berechnung des Zuschlagspreises nicht berücksichtigt und es ist für sie in den Steigerungsbedingungen Barzahlung zu verlangen, für den Fall, dass sie nicht vollständig gedeckt bleiben. Die Baugläubiger werden einfach als mitbetreibend angesehen, und zwar alle, auch diejenigen mit vorgehenden Pfandrechten. Anderseits wird immer Barzahlung verlangt; nach Al. 2 leg. cit. auch für den Fall, wo alle Baugläubigerpfandrechte dem betreibenden Pfandrechte nachgehen [1]). Damit wird es möglich, eine gleichmässige Deckung der Baupfandgläubiger vorzunehmen. Obschon sich diese Regelung direkt nur auf den Fall der Pfandbetreibung bezieht, so hat sie doch auch für den Fall der Konkursbetreibung Geltung.

§ 16.

Der Baukredit und seine Verwendung.

I. Der Baukredit und die Art seiner Sicherstellung.

a) Diejenigen Fälle, wo ohne jede Verwendung von Geldern Dritter Bauten errichtet werden, sind heutzutage äusserst selten. Beinahe bei allen Bauten spielt deshalb die Erteilung und Verwendung von Baukrediten eine grosse Rolle. Namentlich in den Städten ist die Erstellung von Bauten ohne Baukredit kaum mehr denkbar. Es ist deshalb selbstverständlich, dass gesetzliche Bestimmungen, welche den

[1]) Diese Ansicht wurde bereits vor Erlass der VZG von Jäger vertreten in J Z **12** 225, dem auch Leemann zustimmte, nachdem er anfänglich von ihm differiert hatte, J Z **12** 173.

Schutz der Bauhandwerker bezwecken, die Interessen der Baukreditgeber in hohem Masse berühren, besonders, wenn sich die Baukredite unter Umständen noch einer Anfechtung ihrer pfandrechtlichen Sicherstellung aussetzen müssen. Um so verwunderlicher ist es, wenn das ZGB gar keine Bestimmungen enthält, welche sich auf die Erteilung, Stellung und Verwendung des Baukredites beziehen, während z. B. im deutschen Recht eine eingehende Regelung der auf den Baukredit bezüglichen Verhältnisse erfolgt ist [1]). Das ZGB macht überhaupt keinen Unterschied zwischen Baukreditgläubigern und andern Pfandgläubigern. Was somit im Gesetze von den letztern gesagt ist, gilt ohne weiteres auch für die Gläubiger des Baukredites. Das ZGB spricht übrigens nur an einer Stelle von den Pfandgläubigern, und zwar in Art. 841 Al. 1.

Bei diesem Fehlen von Bestimmungen, welche die Erteilung des Baukredites und seine Verwendung geregelt hätten, ist es nicht zu verwundern, wenn in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes in den Kreisen der Baukreditgeber ein grosses Misstrauen herrschte, indem man immer eine Anfechtung des gegen grundpfändliche Sicherstellung erteilten Baukredites durch die Baugläubiger befürchtete. Die Folge dieses Misstrauens war eine anfänglich beobachtete Unsicherheit bei der Erteilung von Baukrediten, bis dass die Praxis den Weg gefunden hatte, welcher dem Baukreditgeber die nötige Sicherheit seines Darlehns vor irgendwelchen Anfechtungen und missbräuchlichen Verwendungen bot. Die Betrachtung der von der Praxis hierbei gefundenen Lösungen möge Aufgabe der folgenden Darstellung sein.

Dass dabei nur Massnahmen des Privatrechtes in Betracht fallen können, versteht sich von selbst. Das Fehlen irgendwelcher öffentlich-rechtlicher Bestimmungen, wie wir

[1]) Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, §§ 1—7, 33—36.

sie im deutschen Recht [1]) finden, zwang die Praxis, die Lösung auf dem Wege der freien privatrechtlichen Vereinbarung zu finden. Dass dem deutschen Recht neben den erwähnten Vorschriften öffentlich-rechtlichen Inhalts auch solche des Privatrechtes bekannt sind, werden wir unten noch feststellen können. Wir glauben aber, dass das Fehlen von Vorschriften öffentlich-rechtlichen Charakters im schweizerischen Recht keinen grossen Nachteil bedeutet, indem in Deutschland das Urteil über die betreffenden Bestimmungen des Reichsgesetzes nicht besonders günstig lautet [2]).

Das Verfahren, welches bei der Erteilung von Baukrediten eingeschlagen wird, soll im folgenden nun seine Darstellung finden, und ganz besonders möge auf die verschiedenen Möglichkeiten hingewiesen werden, durch welche die Sicherstellung des Baukredites erfolgt.

b) Dass Baukredite eröffnet werden, bei denen nicht eine grundpfändliche Sicherstellung verlangt wird, dürfte wohl nur in ganz seltenen Fällen vorkommen. Hier betrachten wir indessen nur die Fälle, wo Baukredite gegen Grundpfand ausgerichtet werden; denn nur diese Fälle können für unsere Frage nach dem Verhältnis zum Baugläubigerpfandrecht von Bedeutung sein. Die Arten der Sicherstellung, wie sie von der Praxis hauptsächlich befolgt werden, sind im wesentlichen die folgenden:

1. Zur Sicherstellung zukünftiger und unbestimmter Forderungen hat das ZGB vor allem die Grundpfandverschreibung geschaffen (Art. 824 ff). Sie allein erfüllt durch ihre Ausgestaltung die Anforderungen, welche an eine Sicherungshypothek gestellt werden müssen. So wird denn im Falle des Baukredites zugunsten des Baugeldgebers eine Grundpfandverschreibung errrichtet, eventuell unter gleichzeitiger Stellung von Bürgen. Die Höhe einer solchen Grundpfandverschreibung lässt sich an Hand der Kostenvoranschläge ungefähr bestimmen. Die Banken gewähren Darlehn an erster Pfandstelle bis zu $^2/_3$ oder $^3/_4$ der Grundsteuerschatzung je nach den Satzungen der betreffenden Bank. Für Darlehn in einem höhern Range wird entsprechend dem grössern Risiko ein höherer Zinsfuss berechnet. Das Darlehn wird nun etwas höher gestellt, als sich die $^2/_3$ oder $^3/_4$ an Hand der Kostenvoranschläge berechnen lassen [1]). Nach Vollendung des Baues erfolgt dann die Umwandlung der Grundpfandverschreibung in die nötige Anzahl von Schuldbriefen oder Grundpfandverschreibungen unter gleichzeitiger Reduzierung der Pfandsumme auf die $^2/_3$ oder $^3/_4$ der Grundsteuerschatzung.

Diese Art der Sicherstellung hat vor allen Dingen den Vorteil, dass, wenn eine Abtretung der Forderung durch den Gläubiger erfolgen sollte, auch einem gutgläubigen Drittterwerber gegenüber alle Einreden aus dem Darlehnsverhältnisse geltend gemacht werden können, da die Grundpfandverschreibung akzessorischen Charakter hat, was bei der unter 2 und 3 zu erwähnenden Sicherstellung durch einen Schuldbrief nicht der Fall ist, indem hier nur Einreden aus dem Grundbucheintrag, der Urkunde oder persönliche, gegen den jeweiligen Gläubiger wirkende, möglich sind, Art. 872 ZGB [2]).

Die praktische Anwendbarkeit dieses dem Willen des Gesetzes einzig entsprechenden Verfahrens wird nun aber

[1]) Vgl. das erwähnte Reichsgesetz: §§ 1—7. Danach hat der Bauherr einmal den Baukredit nur zur Zahlung der Baugläubiger zu verwenden; dann ist er zur Führung eines Baubuches verpflichtet, aus welchem die richtige Verwendung des Baukredites hervorgehen soll; endlich soll am Bauplatz Name und Wohnort des Eigentümers oder seines Unternehmers bekannt gemacht werden. Die Nichtbefolgung aller dieser Vorschriften wird mit Gefängnis und Busse bestraft.

[2]) DJZ **16** 1079.

[1]) Diese Höherstellung hat den Zweck, neben dem Kredit auch Nebenauslagen wie Zinse, Betreibungskosten, Gebühren, Provisionen, Steuern etc. grundpfändlich sicherzustellen; die Höherstellung beträgt 10 bis 15 % des Kredites. Wir haben es hier mit einer Maximalhypothek zu tun (Art. 794 Al. 2 ZGB), weshalb Zinse und Betreibungskosten ihre Deckung nicht nach Art. 818 ZGB finden.

[2]) Vgl. dazu unten 99.

durch die Tatsache, dass die Verschreibungskosten und Staatsgebühren doppelt bezahlt werden müssen, indem eben zweimal Grundpfandrechte errichtet werden, bedeutend eingeschränkt. Vor allem ist dies in denjenigen Kantonen der Fall, wo von der Pfandsumme eine prozentuale Abgabe, sogenannte Pfandrechtsabgabe, erhoben wird, und zwar jedesmal bei der Ausstellung von Pfandtiteln, z. B. im Kanton Bern [1]). Deshalb wird in diesen Kantonen einem andern Verfahren der Vorzug gegeben, bei dem sich eine zweimalige Errichtung von Pfandrechten vermeiden lässt, und deshalb die Gebühr auch nur einmal bezahlt werden muss.

2. Diese zweite Art der Sicherstellung besteht darin, dass der Bauherr einen Eigentümerschuldbrief im ersten Pfandrechtsrang errichtet [2]) und ihn beim Baukreditgeber als Faustpfand hinterlegt, unter eventueller gleichzeitiger Stellung eines Bürgen. Wenn dann die Baute errichtet und geschätzt ist, so wird der Eigentümerschuldbrief an den Baukreditgeber zediert [3]) und entsprechend dem unter Ziff. 1 erwähnten Falle auf den wirklichen Betrag des ausbezahlten Darlehns reduziert [4]).

3. Neben dem unter 2. erwähnten Verfahren, welches in den Kantonen mit prozentualer Pfandrechtsabgabe fast ausschliesslich zur Anwendung kommt, kann die Sicherstellung des Baukredites auch durch einen zugunsten des Gläubigers lautenden Namenschuldbrief erfolgen. Ausser

[1]) Vgl. das bernische Dekret betreffend die Amtsschreibereien, vom 19. Dezember 1911, § 51.

[2]) Eventuell auch in einem höhern Pfandrechtsrang; wobei dann aber ein entsprechend höherer Zinsfuss berechnet wird.

[3]) Sehr oft erfolgt gleich von Anfang eine Zession des Schuldbriefes an den Gläubiger.

[4]) Diese Art der Sicherstellung durch einen Schuldbrief ist aber nur in denjenigen Kantonen möglich, welche nicht nach Art. 843 Al. 2 ZGB eine Belastungsgrenze für Schuldbriefe aufgestellt haben, was z. B. in Uri, Graubünden, St. Gallen und andernorts der Fall ist, es sei denn, dass der Baukredit die Belastungsgrenze nicht überschreite; vgl. Leemann, Kommentar Art. 843 N. 6.

dieser Abweichung macht sich die pfandrechtliche Sicherstellung genau gleich wie in den unter 1 und 2 erwähnten Fällen.

II. Das Verfahren bei der Auszahlung von Baukrediten [1]).

a) Damit nun, dass der Baukreditgeber für sein Darlehn grundpfändliche Sicherstellung verlangt, sind seine Pflichten noch nicht erfüllt. Er hat sich nämlich noch zu vergewissern, für was der Baukredit Verwendung findet, und unter Umständen selbst dafür zu sorgen, dass damit wirklich die Baugläubiger bezahlt werden, wenn er nicht Gefahr laufen will, dass diese sein Pfandrecht nach Art. 841 ZGB anfechten. Die Bedingungen für ein Baudarlehn sind eben ganz anderer Natur als bei einem gewöhnlichen Darlehn; es muss auf das gesetzliche Pfandrecht der Baugläubiger Rücksicht genommen werden, wenn man nicht die Sicherheit des Darlehns gefährden will. In was aber diese Rücksichtnahme besteht, ist vom Gesetze nirgends fest umschrieben; sie ist im Gegenteil für jeden Einzelfall verschieden, indem sie den Umständen angemessen sein muss. Für den Baukreditgläubiger ist diese Rücksichtnahme entschieden grösser als für denjenigen, der sich z. B. für den Verkaufspreis des Baulandes eine Hypothek errichten lässt, wo eine Benachteiligung der Baugläubiger kaum vorliegen kann, es sei denn, dass der Verkäufer dolos gehandelt hätte, indem er sich z. B. für das Land einen offenbar übersetzten Preis bezahlen lässt oder ein Pfandrecht errichten lässt, das den Betrag des Kaufpreises übersteigt.

Anders beim Baukreditgeber. Damit dass er einfach ein Darlehn gewährt und sich nicht weiter um dessen Verwendung bekümmert, hat er seine Verpflichtungen noch nicht erfüllt; er hat sich im Gegenteil darüber zu vergewissern, dass überhaupt die Baute errichtet wird und dass vor allem

[1]) Vgl. zum folgenden Leemann, Kommentar Art. 841 ZGB N. 22; Wieland, Kommentar Art. 841 Bem. 3, *b*, *bb*; Schneebeli 182; Volmar, Zeitfragen 52.

das Geld auch zu dieser Baute Verwendung findet. Der Baukreditgläubiger setzt sich z. B. der Anfechtung seines Pfandrechtes aus, wenn er den Kredit vollständig auszahlt, ohne sich nach dem Kreditschuldner weiter erkundigt zu haben, wobei er vielleicht hätte in Erfahrung bringen können, dass der Bauherr mit dem Geld spekulieren wollte und vorläufig noch gar nicht an eine Bezahlung seiner Baugläubiger gedacht hatte. Hier würden die Voraussetzungen für eine Anfechtung des Pfandrechtes nach Art. 841 ZGB gegeben sein; die Benachteiligungsabsicht war für den Baugläubiger erkennbar; seiner eigenen Fahrlässigkeit hat er es zuzuschreiben, wenn er davon keine Kenntnis hatte.

Wir wollen aber nicht behaupten, dass der Baukreditgeber in allen Fällen verpflichtet sei, dafür zu sorgen, dass das Geld auch zur Bezahlung der Baugläubiger verwendet werde; es mag Fälle geben, wo die Person des Bauherrn genügende Garantie bietet für eine richtige Verwendung der Baugelder, so dass eine Kontrolle des Kreditors nicht notwendig ist [1]). Allein diese Fälle mögen selten sein, weshalb denn die Banken immer eine besondere Kontrolle ausüben, um sich vor allen Anfechtungen sicher zu wissen [2]). Dazu kommt, dass man gerade von den Banken eine höhere Sorgfalt verlangen kann in bezug auf die Kontrolle der Baugelderverwendung als bei irgendeinem privaten Kreditgeber. Für die Banken bedeutet die Erteilung von Krediten eine Erwerbs-

[1]) Leemann, Kommentar Art. 841 N. 22; zu weit geht u. E. Schneebeli 183. Es wird eben Fälle geben, wo die Kontrolle nicht nötig ist. Allerdings besteht dann die Gefahr, dass bei Verlusten der Richter sagen wird, der Baukreditgläubiger hätte dies erkennen können. Vgl. die Äusserung Hubers im A sten Bull 1906 648.

[2]) Es ist geradezu Rechtsbrauch geworden, dass die Banken eine Kontrolle über die Verwendung von Baukrediten ausüben. Ein Kreditinstitut, das dies unterlassen würde, müsste sich den Vorwurf der Fahrlässigkeit gefallen lassen und damit würde die Gefahr einer Anfechtungsmöglichkeit nach Art. 841 ZGB bedeutend grösser sein.

quelle, somit kann man von ihnen genügende Kenntnis der Verhältnisse im Baugewerbe verlangen. Dann besitzt aber auch jede Bank einen Informationsdienst, welcher es ihr ermöglicht, mit geringen Mitteln Auskunft über Solvenz und Kreditwürdigkeit ihres Schuldners zu erlangen. Anders bei einem privaten Kreditgeber, dem alle diese Mittel nicht zur Verfügung stehen, und bei dem infolgedessen keine so gründlichen Kenntnisse vorausgesetzt werden können.

Wir sehen also, dass das Mass der Sorgfalt, das vom Baukreditgläubiger verlangt werden darf, recht verschieden sein kann. Es kommen dabei alle möglichen Erwägungen und Umstände, hauptsächlich subjektiver Natur, in Betracht, so dass es nicht möglich ist, mehr als einige allgemeine Richtlinien zu geben, wollen wir nicht in eine uferlose Kasuistik verfallen. Es muss also dem richterlichen Takt überlassen werden, festzustellen, wann das Verhalten des Baukreditgläubigers ein solches war, dass man von einer Erkennbarkeit der Benachteiligung der Baugläubiger reden kann.

Gerade dieser Umstand, dass wir keinen sichern Anhaltspunkt zur Festsetzung der Grenze zwischen Verschulden und Nichtverschulden des Baukreditgläubigers haben, ist es nun, welcher die Banken veranlasst hat, prinzipiell keinen Baukredit zu erteilen, ohne eine gewisse Kontrolle über dessen Verwendung auszuüben, eine Kontrolle, die aber nicht bloss darin besteht, dass man sich vom Schuldner Zusicherungen über die Verwendung der Gelder geben lässt, sondern, die sich vielmehr in einer aktiven Aufsicht äussert. Dass daneben noch alle möglichen Informationen über die Person des Schuldners vorgenommen werden, versteht sich von selbst. Wir werden keine erstklassige Bank finden, die sich nicht über die Person des Schuldners, seine finanziellen Verhältnisse und seine Kreditwürdigkeit genau erkundigt, bevor sie einen Kredit (und zwar nicht bloss einen Baukredit) erteilt. Vor allem wird sich aber ein Geldinstitut vergewissern, dass beim Schuldner überhaupt die Absicht zu bauen besteht, und dass das Geld auch für die Baute verwendet wird,

auf deren Boden es grundversichert ist. Alles dies sind Voraussetzungen, die zu einem seriösen Geschäftsgebahren gehören. Dazu kommt noch, dass die Verwendung der Baugelder kontrolliert wird, d. h. die Banken tragen selbst Sorge dafür, dass mit dem Baukredit auch wirklich die Baugläubiger bezahlt werden.

b) Die Möglichkeit dieser Verwendungskontrolle ist verschieden. Hauptsächlich lassen sich zwei in der Praxis bekannte Arten feststellen.

1. Einmal finden wir die Auszahlung der Baugelder an die forderungsberechtigten Baugläubiger durch den Baugeldgeber selbst. Dieser lässt sich ein Verzeichnis der sämtlichen am Bau beteiligten Handwerker, Unternehmer und Lieferanten geben, ebenso verlangt er Kenntnis von allen in Betracht fallenden Lieferungs- und Werkverträgen. Je nach dem Fortschreiten der Baute wird er nun die Baugelder ausbezahlen, und zwar an alle Berechtigten gleichmässig. Dabei wird der Kreditgeber das Fortschreiten der Arbeiten selbst überprüfen und die Baugelder direkt an die Baugläubiger ausbezahlen, allerdings im Einverständnis mit dem Bauherrn [1]).

Dieses Verfahren hat den Nachteil einer gewissen Umständlichkeit, wenn es auch den sichersten Weg darstellt. Allein es erfordert zu viel Mühe und Arbeit, weshalb es denn auch von den Banken weniger häufig angewendet wird, was insofern nur von Vorteil sein kann; denn seine Anwendung würde sich sicher in einer beträchtlichen Zahl von Gebühren

[1]) In dieser Weise nimmt z. B. die Kantonalbank Zürich die Auszahlung vor. Um sich die Kontrolle zu erleichtern, eröffnet sie den Baukredit in der Regel erst nach Erstellung und Versicherung der Rohbaute und nach stattgefundener Besichtigung durch ihren Architekt. Die Auszahlung erfolgt dann mittels Anweisungen des Bauherrn an die Bank, eine Visierung derselben durch den Treuhänder unterbleibt. Oft zahlt die Bank kleinere Beträge direkt an die Baugläubiger. Die im Text erwähnte Umständlichkeit des Verfahrens fällt hier weg, weil der Kredit erst nach Erstellung der Rohbaute ausbezahlt wird, was aber den Nachteil hat, dass eine Benützung des Baukredites erst verhältnismässig spät möglich ist.

und Provisionen äussern. Deshalb wird diese Kontrollart vornehmlich noch bei privaten Geldgebern vorkommen, die Musse haben, all die damit verbundenen Mühen und Umtriebe in Kauf zu nehmen.

2. Es findet denn auch allgemein eine andere Verwendungskontrolle statt, nämlich diejenige durch einen sogenannten Bautreuhänder. Der Baugeldgeber prüft die Verwendung des erteilten Kredites nicht selbst nach, sondern überträgt diese Funktionen einem Dritten, einem Vertrauensmanne sowohl der Baugläubiger, als auch des Bauherrn und des Baugeldgebers. Dessen Aufgabe ist es nun, das Fortschreiten der Baute zu überwachen, vor allem aber die Auszahlung der Baugelder zu visieren, d. h. der Baukreditgläubiger zahlt erst aus, wenn die Zahlungsanweisung des Bauherrn zugunsten der Baugläubiger von dem Vertrauensmanne visiert ist. Für alle diese Funktionen ist der Treuhänder dem Baugeldgeber verantwortlich. Wenn also eine Anfechtung der Baukredithypothek erfolgt, so haftet der Treuhänder für den Schaden. Allerdings wird eine Anfechtung bei diesem System beinahe unmöglich sein. Wenn der Baugeldgeber nur einigermassen sorgfältig ist in der Wahl der Person des Treuhänders, so wird es kaum möglich sein, ihm ein Verschulden im Sinne von Art. 841 ZGB nachzuweisen.

Dieses System hat den Vorteil, dass es mindestens ebenso viel Sicherheit gewährt wie das erstgenannte, dazu aber weniger Mühen und Kosten verursacht, besonders da, wo man als Treuhänder einen Vertreter der Baugläubiger oder den bauleitenden Architekten bestellt.

Wir werden uns in § 18 noch eingehend mit der Person dieses Treuhänders zu beschäftigen haben, weshalb wir uns hier auf einige allgemeine Bemerkungen beschränken.

c) Die Banken pflegen bei der Erteilung von Baukrediten in der Regel noch weitere Bedingungen aufzustellen, als wir sie bis jetzt erwähnt haben [1]), Bedingungen, die alle den Zweck

[1]) Vgl. Loosli 24.

haben, einerseits die Sicherheit des Baukredites zu erhöhen, anderseits die Kontrolle über die Verwendung des Kredites zu verstärken.

So verlangen die Banken ganz allgemein die Beibringung der nötigen Unterlagen einer Baute, d. h. Vorweisung der Pläne, Grundbuchauszüge, Kostenberechnungen, Baubeschreibe, Finanzierungspläne, sämtliche Werk- und Lieferungsverträge mit den Handwerkern, Unternehmern und Lieferanten. Eine Abschrift der letztern oder zum mindesten ein Namenverzeichnis mit den mutmasslichen Kostenforderungen wird dann jeweilen dem Treuhänder übergeben.

Dazu kommt eine Reihe von allgemeinen Vertragsbestimmungen. So wird der Bauherr verpflichtet, das Geld einzig für die Baute, auf deren Grund das Pfandrecht errichtet wurde, zu verwenden, und in erster Linie damit die Bauhandwerker und Lieferanten zu bezahlen. Dann aber wird bestimmt, dass das Unterpfand für alle irgendwie erfolgten Auszahlungen, sei es in bar, sei es mittels Wechsel, Check, Anweisungen oder sonstigen Verfügungen der Bank, hafte. Dazu kommt die Verpflichtung zur Verzinsung des Kredites zu den jeweilen von der Bank festgesetzten Bedingungen, zur Bezahlung aller Nebenauslagen, wie Porti, Stempel und Gebühren, und die Pflicht, sich den jeweiligen Bankreglementen zu unterziehen. Die Bank dagegen behält sich das Recht vor, periodische Rechnungsabschlüsse und Saldierungen vorzunehmen, und vor allem das Recht auf jederzeitige ganze oder teilweise Kündigung des Kredites. Sind mehrere Schuldner da, so werden sie solidarisch verpflichtet, ebenso eventuelle Bürgen, und zwar diese solidarisch unter sich und mit dem Hauptschuldner. Endlich wird noch eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, indem sich der Kreditnehmer verpflichtet, Richter und Recht am Orte der Bank anzuerkennen [1]).

[1]) Vgl. das Formular der Banque Cantonale Vaudoise im Anhang, Ziff. 8.

Hauptsächlich betreffen nun die Bedingungen auch die Auszahlung des Baukredites. Dieselbe erfolgt nach Massgabe des Fortschreitens der Baute, und zwar in der Regel durch Ordreanweisung des Bauherrn zugunsten der Baugläubiger, welche Anweisung der Visierung durch den Treuhänder bedarf. Dieser wiederum kann die Visierung erst vornehmen, nachdem er sich über den Stand der Arbeiten vergewissert hat. Die Bank behält sich in der Regel das Recht vor, diese sogenannten Arbeitsnachweise durch einen von ihr zu ernennenden Sachverständigen auf Kosten des Kreditnehmers nachprüfen zu lassen. Häufig verlangen die Banken auch die Gegenzeichnung der Anweisungen durch die Baugläubiger [1]). Endlich behalten sich die Kreditinstitute sehr oft das Recht vor, jederzeit die Auszahlung zu verweigern, oder die Kreditsumme herabzusetzen.

§ 17.

Die rechtliche Natur des Baukredites.

I. Wir haben im vorangehenden Paragraphen eine Darstellung der Wege gegeben, welche von der Praxis bei der Erteilung von Baukrediten eingeschlagen worden sind. Hier soll nun eine Untersuchung der rechtlichen Natur der bei der Ausrichtung von Baukrediten abgeschlossenen Verträge folgen, da es nur nach Klarlegung dieser Verhältnisse möglich sein wird, die Stellung und die Funktionen des Bautreuhänders richtig zu würdigen.

II. a) Betrachten wir vorerst einmal den Fall, wo der Baukredit gegen Sicherstellung durch eine Grundpfandverschreibung ausgerichtet wird. Das Pfandrecht wird durch öffentlich beurkundeten Pfandvertrag errichtet. Da es sich aber um eine Grundpfandverschreibung handelt, hat das Pfandrecht nur akzessorischen Charakter, d. h. massgebend

[1]) Vgl. das Formular der Banque Cantonale Vaudoise im Anhang, Ziff. 3.

ist der ihm zugrunde liegende Vertrag, hier also der Baukreditvertrag, weshalb denn auch alle aus demselben hervorgehenden Einreden dem Pfandrecht gegenüber Bestand haben. Der Baukreditvertrag wird also in seinem Bestand durch die Grundpfandverschreibung nicht geändert.

Welches ist nun aber die juristische Natur dieses Baukreditvertrages? Welcher Vertragsart des OR lässt er sich unterordnen?

Der Kreditgeber verpflichtet sich dem Bauherrn gegenüber, ihm unter bestimmten Bedingungen einen Kredit bis zu einem gewissen Grade zu eröffnen. Diese Vertragsart, welche im Bankwesen häufig ist, nennt man Krediteröffnungsvertrag. Ein solcher Krediteröffnungsvertrag kann indessen einen recht vielgestaltigen Inhalt haben. Es kann sich jemand dadurch zur Ausrichtung eines Darlehns verpflichten, zur Eröffnung eines Kontokorrents, oder der Vertrag besteht im Versprechen, Wechsel auf sich ziehen, domizilieren oder indossieren zu lassen, eine Anweisung zu honorieren, eine Bürgschaft für den Kreditnehmer einzugehen u. a. m. In unserem Falle kann es sich nur um die Ausrichtung eines Darlehns handeln, sei es in Form der Barauszahlung oder der Honorierung von Anweisungen oder Wechseln. Nicht kann in Betracht fallen eine Kontokorrenteröffnung, indem einmal von seiten des Kreditnehmers keine Einzahlungen erfolgen, dann aber auch, weil bei unserer Krediteröffnung nie ein Saldo zugunsten des Kreditnehmers bestehen wird, beide Merkmale aber für ein richtiges Kontokorrentverhältnis wesentlich sind [1]). Es kann sich also nur um ein einseitiges Darlehnsverhältnis handeln, indem der Kreditgeber, d. h. meistens eine Bank, sich verpflichtet, dem Kreditempfänger, hier dem Bauherrn, ein Darlehn im Sinne der Art. 312—318 OR auszurichten; und zwar haben wir einen Vorvertrag zu einem Darlehn (Art. 22 OR).

[1]) BGE **36** [2] 529 Erw. 2; **29** [2]; 330 Erw. 5 und 6.

Das Wesentliche dieses Vorvertrages ist nun, dass er nur einen Anspruch zugunsten des Kreditnehmers auf Ausrichtung eines Darlehns erzeugt, nicht aber eine Verpflichtung, vom Darlehn wirklich Gebrauch zu machen. Es steht also dem Kreditnehmer frei, den eingeräumten Kredit nicht zu benützen, während er bei einem eigentlichen Darlehnsvertrag verpflichtet wäre, dasselbe in Empfang zu nehmen (Art. 315 OR) [1]). Hier geht aber der Wille der Parteien dahin, dem Kreditnehmer nur ein Recht einzuräumen. Das Darlehn selbst entsteht in dem Moment, wo ein Geldbetrag ausbezahlt wird. Vertragsabschluss und Vertragsausführung fallen zusammen, was die Folge hat, dass das Darlehn, das sonst nach OR einen Konsensualvertrag darstellt [2]), zu einem Realvertrag wird, da eben Abschluss des Hauptvertrages und Auszahlung der Darlehnssumme im gleichen Moment erfolgen.

Trotzdem der Krediteröffnungsvertrag nur einen Vorvertrag zu einem Darlehn darstellt, ist die Bestimmung des Art. 316 OR analog anwendbar zu erklären und dem Kreditgeber das Recht einzuräumen, die Auszahlung des Geldes bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu verweigern [3]). Einige Kreditinstitute [4]) gehen in ihren Vertragsbestimmungen so weit, dass sie sich den jederzeitigen Rücktritt vom Vertrag vorbehalten, d. h. das Recht, die Auszahlungen ohne weitere Begründung einzustellen. Es ist dann nicht einmal

[1]) Oser, Kommentar Art. 312 Bem. IV 6; Oser in Reichesbergs Handwörterbuch **2** 828; Stintzing 67; Becker, Kommentar zum OR Art. 22 N. 4.

[2]) Oser, Kommentar Art. 312 Bem. I 1.

[3]) Oser, Kommentar Art. 316 Bem. 3. Natürlich fände auch Art. 83 OR Anwendung. Art. 316 geht ihm aber als Bestimmung des speziellen Teiles vor. Auch differiert er im Inhalt wesentlich, indem nach Art. 316 Zahlungsunfähigkeit zur Zeit des Vertragsabschlusses genügt, nicht aber nach Art. 83.

[4]) Vgl. das Formular der Banque Cantonale Vaudoise im Anhang Ziff. 5; ähnliche Bestimmungen finden sich z. B. auch in einem Formular der Banque populaire Suisse à Genève.

notwendig, dass eine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, andere Gründe, welche Art. 316 OR nicht erwähnt, mögen genügen. An der Rechtsbeständigkeit dieser Bestimmung ist nicht zu zweifeln; sie stellt eine besondere Art der Kündigung dar. Jederzeitige Kündigung mit Rückzahlung, auch ohne Fristansetzung aber ist eine Vertragsbedingung, die jeder Baukrediteröffnungsvertrag enthält. Eine Art Kündigung oder zum mindesten teilweiser Kündigung bedeutet auch die Sistierung der Auszahlung und die Reduzierung der Darlehnssumme auf den bereits ausbezahlten Betrag. Wenn der Vertrag diese Bestimmung nicht enthalten sollte, so hat der Kreditgeber immer noch die Möglichkeit, sich auf Art. 316 OR zu berufen [1]).

b) Ähnliche Rechtsverhältnisse bestehen da, wo ein Eigentümerschuldbrief beim Kreditgeber als Faustpfand hinterlegt wird [2]). Es handelt sich um ein Pfandrecht an einem Wertpapier, für dessen Begründung die Vorschrift des Art. 901 Al. 2 ZGB zur Anwendung kommt, d. h. da der Eigentümerschuldbrief ein Namenpapier ist (Art. 859 Al. 2 ZGB [3]), so erfolgt seine Verpfändung mittels Abtretungserklärung zu Pfand. Natürlich ist auch eine Verpfändung nach Art. 900 Al. 1 ZGB möglich, d. h. durch schriftlichen Pfandvertrag [4]). Diese Art der Verpfändung, sei sie nach Art. 901 Al. 2 oder nach Art. 900 Al. 1 ZGB, begründet ebenfalls einen akzessorischen Vertrag zum eigentlichen Baukrediteröffnungsvertrag. Die Rechtsverhältnisse sind genau dieselben, wie im Falle *a*. Der Krediteröffnungsvertrag enthält die gleichen Bedingungen, er ist auch hier ein Vorvertrag zu einem Darlehn, der Faustpfandvertrag dagegen stimmt

[1]) Stintzing 68.

[2]) Über Verpfändung von Eigentümertiteln, Trümpi 100 ff.

[3]) Trümpi 75 ff.

[4]) Auch ohne Pfandklausel ist eine Verpfändung möglich, nämlich entweder durch fiduziarisches Indossament zu vollem Recht (Trümpi 95) oder durch fiduziarische volle Abtretung (Trümpi 96).

in seinen Wirkungen mit der Grundpfandverschreibung überein [1]) [2]).

c) Anders sind die Verhältnisse beim dritten Fall der Baukrediterteilung. Hier wird ein Namenschuldbrief zugunsten des Kreditgebers errichtet, daneben aber noch ein Krediteröffnungsvertrag abgeschlossen. Genau dieselben Verhältnisse haben wir da, wo der Eigentümerschuldbrief nicht nur zu Pfand, sondern zu Eigentum abgetreten wird; er wird dann eben auch zu einem zugunsten des Kreditgebers lautenden Namenschuldbrief.

Der Schuldbrief stellt ein Wertpapier dar, mit dessen Errichtung das ihm zugrunde liegende Verhältnis durch Neuerung getilgt wird (Art. 855, Al. 1 ZGB). In unserem Falle ist nun in dem Momente, wo das grundpfandversicherte Forderungsrecht begründet wird, das ihm zugrunde liegende Verhältnis noch gar nicht restlos vorhanden. Es besteht wohl ein Anspruch des Schuldbriefschuldners auf Ausrichtung eines Darlehns, eine Darlehnsvaluta wurde aber noch gar nicht übertragen, und dennoch besitzt der Schuldbriefgläubiger mit dem Schuldbrief ein Forderungsrecht, das kraft Novation einen abstrakten Charakter erhalten hat, somit ein Rückgreifen auf das Forderungsrecht nicht mehr gestattet. Wohl ist das Unterpfand vor der Errichtung der Baute für den Schuldbriefgläubiger wertlos, aber der Schuldbrief be-

[1]) Der einzige Unterschied besteht darin, dass hier formell zwei Verträge vorliegen, nämlich einmal ein Faustpfandvertrag oder eine Abtretung zu Pfand auf dem Wertpapier, dem Eigentümerschuldbrief, und daneben ein selbständiger Krediteröffnungsvertrag, während im Falle *a* Grundpfandvertrag und Kreditvertrag formell zusammenfallen. Vgl. die Formulare im Anhang.

[2]) Verschieden sind die Rechtsverhältnisse aber im Falle einer Verwertung des Unterpfandes. Im Falle der Grundpfandverschreibung nämlich wird einfach auf Verwertung des Grundstückes betrieben. Beim Faustpfand am Eigentümerschuldbrief muss vorerst Betreibung auf Verwertung des Titels erfolgen. Dann hat der Gläubiger den Titel zu ersteigern, und erst jetzt kann er auf Verwertung des Grundpfandes betreiben.

gründet neben dem Pfandrecht eine persönliche Forderung; der Gläubiger kann also in andern Vermögenswerten des Schuldners Befriedigung suchen. Dem Gläubiger steht ein persönlicher durch ein Wertpapier geschaffener abstrakter Anspruch gegenüber dem Schuldner zu, ohne dass er dafür irgend eine Gegenleistung bereits erfüllt hätte.

Dass damit die Stellung des Schuldners eine recht unsichere wird, ist offensichtlich, und wir müssen deshalb untersuchen, ob das Gesetz dem Schuldner nicht die Möglichkeit einer Einrede der nicht empfangenen Valuta schafft.

Dies ist nun tatsächlich der Fall und ergibt sich aus folgender Erwägung: Die Novation nach Art. 855 ZGB ist nicht in dem Sinne aufzufassen, dass sie unter den ursprünglichen Parteien ein Zurückgreifen auf den Grundvertrag nicht gestatte. Die sogenannte Tilgung des Schuldverhältnisses durch Neuerung hat nämlich nur die Bedeutung, dass «der Gläubiger seine Forderung nur mehr vermittelst des Pfandtitels, d. h. nur unter Vorlage und nach Massgabe des Inhaltes des Titels geltend machen kann» [1]). Die Neuerung hat zur Folge, dass die Forderung sich in eine Wertpapierforderung verwandelt, so dass der Anspruch ohne das Papier nicht mehr erhoben werden kann. Dadurch wird die Forderung in erhöhtem Masse zirkulationsfähig; denn sie ist jetzt in einem leicht begebbaren Wertpapier verkörpert. Trotzdem wirkt das Grundverhältnis unter den ursprünglichen Parteien und einem bösgläubigen spätern Gläubiger gegenüber noch nach, was vor allem in Art. 872 ZGB seinen Ausdruck findet. Der Schuldner kann danach Einreden geltend machen, die ihm persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen. Solche persönliche Einreden sind aber alle Einwendungen, aus dem dem Schuldbrief zugrunde liegenden Verhältnisse, welche der Schuldner gegen den Erstgläubiger oder einen bösgläubigen spätern Gläubiger erhebt. Die Schuldbriefforderung ist eben in vollem Umfange vom Be-

[1]) Wieland, Kommentar Art. 855 Bem. 1.

stande des Grundverhältnisses abhängig, denn «in der Hand des ersten Nehmers ist kein Wertpapier als Wertpapier des öffentlichen Glaubens wirksam» [1]). Es müssen also Einreden aller Art zugelassen werden, wie die Einrede des Irrtums, des Zwanges, des Betruges, des Spieles, der Widerrechtlichkeit, der Simulation, des Wuchers, der Nichterfüllung einer im Grundgeschäft gesetzten Bedingung, vor allem aber auch die Einrede der nichterhaltenen Valuta, der mangelnden im Grundgeschäft vorgesehenen Gegenleistung [2]). Diese Einrede ist es nun, welche den Schuldner vor einer missbräuchlichen Geltendmachung der Schuldbriefforderung durch den Gläubiger schützt.

Diese Einrede steht dem Schuldner nicht nur zu gegenüber dem Erstgläubiger, sondern er kann sie auch erheben, wenn dieser den Schuldbrief an einen Dritten abtritt, und dieser Dritte vom Bestand der Einrede gegenüber dem Erstgläubiger beim Erwerb des Schuldbriefes Kenntnis hatte, somit nicht mehr in gutem Glauben war [3]). Gegenüber einem gutgläubigen Erwerber des Titels hat die Einrede keinen Bestand; denn die Abtretung des Titels erfolgt nach Art. 869 Al. 2 ZGB, da wir einen Namenschuldbrief haben. Diese Abtretung geschieht, obschon der Pfandtitel nicht an Ordre lautet, durch ein Indossament [4]), welches keine Zession im juristischen Sinne darstellt, sondern ein sogenannter skriptur-

[1]) Brunner 171; Trümpi 48.

[2]) Wieland, Kommentar Art. 872 Bem. 3 *a*; Leemann, Kommentar Art. 872 N. 12.

[3]) Wieland, Kommentar Art. 872 Bem. 3 *h*; Leemann, Kommentar Art. 872 N. 16.

[4]) Es handelt sich um ein Indossament, wenn auch die beim Wechsel mit dem Indossament verbundene Regresswirkung nicht vorhanden ist. Diese ist aber nur dem Wechsel eigentümlich und lange nicht allen Ordrepapieren. Hier werden ihre Garantiefunktionen ersetzt durch den Grundbucheintrag. Dieser gibt dem Pfandtitel seinen Kredit und nicht ein Regressrecht, vgl. Trümpi 58. Das Indossament bei Pfandtiteln weist insofern Eigenarten auf, als es nicht in Form des Blankoindossamentes möglich ist, Trümpi 61.

rechtlicher Akt ist, was zur Folge hat, dass der Erwerber nicht die Rechte seines Vordermannes übertragen erhält, sondern die im Wertpapier genannten und durch die Skriptur ausgedrückten Rechte, d. h. in unserem Falle eine abstrakte Forderung [1]). Das Recht des neuen Gläubigers fliesst nicht aus dem abgetretenen Recht des Vordermannes, sondern aus dem Papier als solchem; das Indossament selbst verleiht nur die Legitimation des Gläubigers [2]). Erfolgt eine solche Indossierung des Titels, so ist der Schuldner zur Zahlung verpflichtet, auch wenn er die Gegenvaluta aus dem Schuldverhältnis noch gar nicht erhalten hat; immer vorausgesetzt, dass der neue Gläubiger nicht in bösem Glauben ist. Dagegen steht dem Schuldner gegen den indossierenden Erstgläubiger ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. OR zu [3]).

Nicht immer braucht aber die Abtretung durch Indossament zu geschehen, sie kann auch durch blossen Zessionsvertrag nach Art. 164 ff. OR erfolgen [4]). Hier liegt dann nicht eine blosse Indossierung auf dem Titel vor, sondern wir haben einen schriftlichen Abtretungsvertrag nach Art. 165 OR in Verbindung mit der Übergabe des Papiers. In diesem Falle bestehen auch einem gutgläubigen Zessionar gegenüber alle Einreden persönlicher Natur, welche der Schuldner gegenüber dem Zedenten hatte, d. h. auch alle Einreden aus dem Grundverhältnis, Art. 169 OR [5]).

Wie verschieden die Art der Sicherstellung des Baukredites sein mag, immer sind für das Pfandrecht und seine Geltendmachung die Bestimmungen des Baukreditvertrages massgebend. Dieser stellt aber auch in den Fällen seiner

[1]) Vgl. Jacobi 254, 553; Morgenthaler 21.

[2]) Wieland, Kommentar Art. 869 ZGB Bem. 4; Leemann, Kommentar Art. 869 ZGB N. 13—22.

[3]) Wieland, Kommentar Art. 872 ZGB Bem. 3 *i*.

[4]) Wieland, Kommentar Art. 869 ZGB Bem. 4; Leemann, Kommentar Art. 869 ZGB N. 23; Trümpi 64.

[5]) Leemann, Kommentar Art. 872 N. 18; Trümpi 43.

Sicherstellung durch Namenschuldbriefe einen Krediteröffnungsvertrag dar, als solcher ist er nach unserem Recht ein Vorvertrag zu einem Darlehn. Wir verweisen auf das oben unter II. *a* dieses Paragraphen Gesagte, welches uneingeschränkte Geltung auch hier hat.

§ 18.

Die Funktionen und die rechtliche Stellung des Treuhänders.

I. Die Funktionen des Treuhänders.

Die Figur des Treuhänders, der bei der Erteilung von Baukrediten seine Tätigkeit ausübt, ist, wie wir gesehen haben, ein Ergebnis der Praxis. Im Gegensatz zum deutschen Recht [1]) kennt unser Gesetz nirgends einen Bautreuhänder, ja, es enthält überhaupt keine Bestimmungen über Treuhänder und Treuhandgeschäfte, wenn auch einige Bestimmungen im Gesetze zu finden sind, welche in der Literatur, obschon lange nicht übereinstimmend, als Funktionen eines Treuhänders aufgefasst werden [2]). Alles, was unser Recht enthält, sind einige wenige Bestimmungen, die sich auf Funktionen von Personen beziehen, welche man als treuhänderische auffassen kann.

Wir sind demnach ganz auf die Praxis angewiesen. Untersuchen wir, ob sich das ganze Institut den Regeln unseres Zivilrechtes unterordnen lasse, oder ob diesem keine Vorschrift entnommen werden kann, welche auf das Institut Anwendung fände, somit für seine Regelung einzig die Grundsätze von Art. 1 ZGB in Betracht fallen.

[1]) Vgl. das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 § 35.

[2]) Art. 860 und 875 ZGB (Pfandhalter), vgl. dazu Keller; Art. 517 und 518 ZGB (Willensvollstrecker), vgl. dazu Carrard. Im allgemeinen vgl. auch die Kommentare von Wieland, Leemann, Rossel & Mentha, Curti u. a. m.

Die Praxis der baukrediterteilenden Bankinstitute erleichtert uns unsere Untersuchung ganz erheblich. Wir sehen, dass sich hier eine gewisse Gewohnheit eingebürgert hat, indem nämlich die Umschreibung der Funktionen des Bautreuhänders immer ungefähr dieselbe ist. In der Westschweiz ist diese Einheitlichkeit sogar so stark entwickelt, dass die Formulare verschiedener Banken den gleichen Wortlaut aufweisen [1]). Aber auch die Formulare der deutschschweizerischen Banken stimmen in ihrem Inhalte im wesentlichen überein.

Die Funktionen, welche derart einem Bautreuhänder überbunden werden, lassen sich ungefähr wie folgt zusammenfassen:

1. Der Treuhänder hat darüber zu wachen, dass die Gelder, welche aus dem Baukredit fliessen, nur zur Bezahlung der am Bau beteiligten Handwerker, Unternehmer und Lieferanten für ihre aus Arbeiten an dem betreffenden Bau resultierenden Forderungen verwendet werden. (Manchmal sind die Lieferanten ausgenommen; da sie kein gesetzliches Pfandrecht haben, der Baugeldgeber somit auch keine Anfechtung seiner Hypothek nach Art. 841 ZGB befürchten muss, hat er auch kein Interesse, die Bezahlung ihrer Forderungen zu überwachen.)

2. Der Treuhänder hat dafür zu sorgen, dass die Auszahlungen bei allen Baugläubigern im gleichen Verhältnis zu ihren Forderungen erfolgen.

3. Der Treuhänder hat der Bank über die Verwendung des Baukredites auf ihr Verlangen jederzeit Rechnung zu stellen. Das gleiche Recht wird meistens dem Bauherrn, sehr oft auch den Bauhandwerkern und Unternehmern eingeräumt.

4. Der Treuhänder haftet der Bank für allen Schaden, welcher ihr daraus entstehen sollte, dass die Bauhandwerker

[1]) Vgl. z. B. das Formular der Union Vaudoise du crédit und der Banque Cantonale Vaudoise im Anhang Ziff. 7.

und Unternehmer für ihre Forderungen nicht befriedigt worden sind. Vor allem ist hier an den Schaden gedacht, der der Bank wegen erfolgreicher Anfechtung ihres Pfandrechtes nach Art. 841 ZGB entstehen sollte.

5. Damit der Treuhänder alle diese Funktionen erfolgreich ausüben kann, bedürfen alle Anweisungen an die Bank zu Auszahlungen auf Grund des Baukredites der Visierung durch den Treuhänder.

Natürlich können die Rechte und Pflichten des Treuhänders noch weitergehende sein; so kann vor allem im Vertrag die Bestimmung Aufnahme finden, dass der Treuhänder allein das Verfügungsrecht über den Baukredit habe. Die Sache macht sich so, dass im Baukreditvertrag die Bank den Bauherrn verpflichtet, dem Treuhänder Vollmacht zu geben, allein über den Baukredit zu verfügen. Dessen Rechte erschöpfen sich dann nicht in der Visierung der Anweisungen des Bauherrn, sondern er verfügt selbständig über den Baukredit, ohne Mitwirkung des Bauherrn. Ob dadurch die rechtliche Natur der Stellung des Treuhänders geändert wird, werden wir unter II. dieses Paragraphen sehen.

Wenn auch die Vertragsbestimmungen noch andere Funktionen des Treuhänders enthalten mögen, so sind doch die von uns hier erwähnten genügend, um den Zweck der ganzen Institution zu erreichen. So wie hier die Funktionen umschrieben sind, genügen sie vollkommen, um eine richtige Verwendung des Baukredites zu garantieren [1]). Deshalb finden sich denn auch in fast allen Baukreditverträgen unge-

[1]) So sind z. B. die Funktionen, wie sie Töndury 63 erwähnt, zu weitgehend. Unseres Wissens ist es der Praxis nicht bekannt, dass zur Sicherung des Baukredites eine Grundpfandverschreibung zugunsten des Treuhänders errichtet wird. Auch kommt es kaum vor, dass der Treuhänder die Unterhandlungen zur Errichtung einer zweiten Hypothek führt. Alle diese von Töndury erwähnten Funktionen brauchen dem Treuhänder gar nicht überbunden zu werden. Die Praxis begnügt sich mit Recht mit einer viel begrenztern Zahl von Aufgaben des Treuhänders.

fähr die gleichen Bestimmungen. Abweichungen, wie sie etwa vorkommen können, zu betrachten, würde uns hier zu weit führen; denn wir stehen im Gebiete freier Vertragsvereinbarungen, die natürlich eine unbeschränkte Zahl von Variationen ermöglichen. Die Bedingungen, wie wir sie erwähnt haben, stellen den Normalfall dar, den allein wir hier betrachten können. Kleinere Abweichungen werden übrigens kaum die rechtliche Konstruktion des Instituts, wie wir sie unter II. dieses Paragraphen betrachten wollen, stark abändern können, da es kaum möglich sein wird, mit gleichen Mitteln den gleichen Zweck unter ganz anderer rechtlicher Konstruktion zu erreichen.

II. Die rechtliche Stellung des Treuhänders.

a) Wir gelangen nunmehr zur Umschreibung der rechtlichen Stellung des Treuhänders. Vor allem müssen wir feststellen, ob wir in unserem «Treuhänder» genannten Vertrauensmanne wirklich einen «Treuhänder» zu erblicken haben, wie ihn die Theorie und bis zu einem gewissen Grade die Praxis, noch nicht aber die Kodifikation, entwickelt und begrifflich abgegrenzt haben. Dabei müssen wir vor allem kurz auf die Theorie der Treuhand eintreten.

Was man unter Treuhand zu verstehen habe, ist von der Theorie mit einer gewissen Einstimmigkeit festgestellt worden. Worüber aber noch die grössten Abweichungen und theoretischen Widersprüche herrschen, ist in der Frage nach der rechtlichen Konstruktion der Treuhand. Diese Streitfrage hat schon früh Anlass zu juristischen Erörterungen geboten, und in den letzten Jahren ist die Zahl der Meinungsäusserungen mächtig gewachsen; denn die Entwicklung des Wirtschaftslebens hat der Zunahme treuhänderischer Rechtsformen gerufen, was nicht zuletzt dem Einflusse englisch-amerikanischen Rechtes zuzuschreiben ist.

Wir unterscheiden einmal zwei Arten von Treuhändern, nämlich die reine und die gemischte Treuhandschaft. Reine Treuhandschaft haben wir, wo der Treuhänder die Rechte

in fremdem Interesse, gemischte, wo er sie in eigenem Interesse hat (vornehmlich im Falle der Sicherungsübereignung). Für unsern Fall kann nur die reine Treuhandschaft in Betracht fallen; wenn auch unser «Treuhänder» für seine Tätigkeit entschädigt wird, so übt er doch seine Rechte im Interesse Dritter, vornehmlich der Bank, und nicht im eigenen aus. Somit können wir für den Fall der reinen Treuhandschaft eine Definition, wie sie Gerstle [1]) bringt, hier wiedergeben. Er sagt: «Reiner Treuhänder ist, wer Rechte übertragen erhält, mit der Bestimmung, dass er sie im Interesse des Treugebers nach dessen Weisungen gebrauchen solle.» Auch Schultze [2]) spricht davon, dass Treuhänder sei, wer Rechte empfangen habe mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen; indessen kann eine Vergütung für die damit verbundenen Bemühungen möglich sein.

Schultze [3]) und mit ihm Töndury [4]) für das schweizerische Recht, unterscheidet, vom BGB ausgehend, drei Arten von Treuhändern:

1. Treuhänder mit auflösend bedingtem, befristetem Vollrecht (Eigentum). Hierher zählt er unter anderem die fiduziarische Stiftung, die Sammlung von Beiträgen, das Vollgiro zum Inkasso.
2. Treuhänder mit begrenztem Recht an fremdem Gegenstand. Dahin zählt er den Testamentsvollstrecker nach § 2203 ff. BGB, Töndury den Willensvollstrecker nach Art. 517 und 518 und den Pfandhalter nach Art. 860 ZGB.
3. Treuhänder mit bloss obligatorischer Berechtigung begrenzten Inhaltes. Darunter fallen nach Schultze der Testamentsvollstrecker in der besondern Form des § 2208 Al. 2 BGB und der Treuhänder nach § 29 des Reichs-Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899, und nach Töndury der Bautreuhänder, wie er ihn S. 62 erwähnt (unseres Erachtens allerdings zu Unrecht).

[1]) 11. — [2]) 1. — [3]) 32. — [4]) 70.

Allein die unter 2 und 3 erwähnten Fälle sind nicht Treuhandschaften im Sinne unserer Definition, sondern es handelt sich dabei um Personen, deren Rechte und Pflichten im Gesetze genau abgegrenzt sind und nicht von den Parteien festgesetzt werden können. (Ausgenommen der Fall des Bautreuhänders nach Töndury, der vertraglich ist.) Es sind eben gesetzliche Typen, wobei damit, dass sie im Gesetz Treuhänder genannt werden, noch nicht gesagt ist, dass sie Treuhänder im Sinne der Doktrin und unserer Definition darstellen.

Was die begriffliche Festlegung des Treuhandgeschäftes anbelangt, so machte anfänglich die Abgrenzung gegenüber der Simulation einige Schwierigkeiten. Sie scheint aber heute endgültig gefunden zu sein [1]). Beim fiduziarischen Rechtsgeschäft haben wir nämlich keine Diskrepanz zwischen äusserer und innerer Seite, wie dies bei der Simulation der Fall ist, wo das Rechtsgeschäft nicht im Sinne des erklärten Willens von den Parteien gewollt ist, sondern das innere, nur unter den Parteien bekannte, für Dritte aber nicht wahrnehmbare Verhältnis massgebend ist. Im Treuhandgeschäft ist der Vertrag so gewollt, wie er von den Parteien offen erklärt worden ist. Dazu kommt, dass dieser Vertrag unter den Parteien wesentliche Änderungen erhält. Die Rechte, welche nach aussen dem Treuhänder übertragen werden, empfangen intern bedeutende Modifikationen. Obschon nach aussen vollberechtigt, so darf der Treuhänder von seinen Rechten doch nur nach Massgabe der intern bestehenden Vorschriften Gebrauch machen. Im Gegensatz zum simulierten Geschäft sind beim Treuhandgeschäft beide Wirkungen gewollt, sowohl die nach aussen erklärte, als auch die nur unter den Parteien bestehende Abmachung.

Schwieriger war es, die Abgrenzung gegenüber der Stellvertretung zu finden. Im Falle der sogenannten direkten oder

[1]) Oser, Kommentar OR Art. 18 Bem. 11 2 *b*; Töndury 65; Gerstle 163; Regelsberger 518; Goltz 22; Aeby 154; Fischbach 141; BGE **31** [2] 109.

offenen Stellvertretung mochte dies noch relativ leicht geschehen. Es genügte hier auf die Tatsache hinzuweisen, dass der Treuhänder im eigenen Namen handelt, der offene Stellvertreter sich aber auf seine Vollmacht beruft, um den Unterschied klarzulegen [1]). Im Falle der indirekten oder mittelbaren Stellvertretung lässt sich die Abgrenzung finden, wenn man in Betracht zieht, dass der Treuhänder nicht blosser Vollmachtträger, sondern Rechtsträger ist, dass er aus eigener Verfügungsmacht und nicht aus Vertretungsmacht handelt, da er eben Träger eines Herrschaftsrechtes eigener Art ist [2]).

Wir sehen bereits aus dieser kurzen Umschreibung von Treuhandgeschäften, dass in unserem Falle kaum von einer Treuhand im juristischen Sinne des Wortes die Rede sein kann. Wir brauchen uns deshalb nicht eingehend mit der Theorie der Treuhand zu beschäftigen, sondern möchten nur kurz erwähnen, dass die Zahl der Theorien über die Treuhand gross und sehr widersprechend ist.

Wir haben einmal die Theorie vom vollen Rechtserwerb des Treuhänders; derselbe wird voller Eigentümer und voller Gläubiger, deshalb steht dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders auch kein Recht auf Aussonderung des Treugutes zu [3]). Weniger weit gehen die Theorien, welche auch von vollem Rechtserwerb reden, dennoch aber ein Aussonderungsrecht im Konkurs zulassen, sei es aus Gründen der Billigkeit (rei vindicatio utilis) oder mit Hilfe einer exceptio doli [4]). Ihnen gegenüber steht eine Theorie, welche auch vom Reichsgericht vertreten wird [5]). Sie sagt, dass der Treu-

[1]) Oser, Kommentar OR Art. 32 Bem 11; Töndury 68; Fischbach 255; Gerstle 145; Schultze 2.

[2]) Oser, Kommentar OR Art. 32—40, Vorbemerkungen II, 2 dazu; Töndury 69; Fischbach 270; Schultze 2; Gerstle 145.

[3]) Goltz 27 und 84; Aeby 164, in gewissen Fällen anerkennt allerdings auch Aeby ein Aussonderungsrecht; Grünschild 43, der indessen ein Aussonderungsrecht zulässt, da er dem Treugeber im Konkursfall ein Rücktrittsrecht gibt; BGE **39** [2] 801.

[4]) Besonders vom Reichsgericht anerkannt in seiner Praxis der Vollindossamente zu Inkassozwecken. RG **4** 101; **11** 9; **32** 128.

[5]) RG **45** Nr. 18 80.

geber materiell Eigentümer bleibe, dass aber der Treuhänder der formelle Eigentümer sei und als solcher über den Gegenstand oder die Forderung verfüge wie ein Vollberechtigter. Ähnlich die Legitimationstheorie, welche dem Treuhänder nicht das Recht selbst, sondern nur die Ausübung des Rechtes überlassen will. Eine Teilung des Eigentums nimmt diejenige Theorie vor, welche nach aussen den Treuhänder als vollen Eigentümer auffasst, nach innen ihm aber nur die Rechte eines Bevollmächtigten gibt [1]). Andere Theorien gehen von deutsch-rechtlichen Rechtsgedanken aus und reden von resolutiv bedingtem Eigentum [2]); auch kommen Konstruktionen von gemeinschaftlichem Eigentum und Solidarforderungen vor [3]). Am einleuchtendsten scheint uns indessen die Theorie, wie sie von Gerstle [4]) eingehend dargestellt wird, und wie sie offenbar auch Fischbach [5]) und Huber [6]) vertreten. Danach besitzt der Treuhänder «eine dingliche Verfügungsmacht ohne Bestand des dinglichen Rechtes», er übt ein gewisses Herrschaftsrecht aus, das sehr oft, z. B. beim Treuhänder zu Sanierungszwecken, entgegen den Wünschen des Treugebers ausgeübt wird. Wir haben keinen Vollrechtserwerb des Treuhänders, wohl aber hat dieser eine Verfügungsmacht, die Treumacht, wenn auch das Treugut dem Treugeber verbleibt und im Konkursfalle ausgesondert wird.

b) Von allen hier erwähnten Eigenschaften finden wir, wenn wir die Kompetenzen unseres Bautreuhänders betrachten, recht wenig. Einmal wird unserem «Treuhänder» gar nichts übertragen, so dass er ein Recht erwerben könnte; weder erhält er eine Sache in seine Verfügungsmacht, noch wird ihm die alleinige Verfügungsmacht über eine Forderung

[1]) BGE **34** [2] Nr. 91 756.

[2]) Schultze 11 und 28.

[3]) Eine hübsche Zusammenstellung und kritische Würdigung der verschiedenen Theorien finden wir bei Gerstle 64 ff.

[4]) 133.

[5]) 289 ff., speziell 295.

[6]) Sachenrecht 73.

eingeräumt. Er ist also weder dinglich noch obligatorisch Eigenberechtigter, Verfüger im Sinne Gerstles. Vor allem handelt aber unser «Treuhänder» nicht in eigenem Namen und ganz besonders auch nicht in eigenem Recht. Er ist eben nicht Rechtsträger, hat keine Verfügungsmacht, kein Herrschaftsrecht, sondern er ist blosser Vertreter, er handelt aus fremdem Recht. Es fehlt ihm nicht nur die herrschaftliche Stellung, wie sie jeder Rechtsinhaber besitzt, d. h. die Möglichkeit, seine Rechte unangefochten geltend zu machen, jeden Nichtberechtigten von der Einwirkung darauf auszuschliessen, was sich bei Sachen z. B. in der Offensiv- und Defensivbefugnis äussert (Art. 641 Al. 2 ZGB), sondern er hat auch nicht die sogenannten sekundärrechtlichen Befugnisse, nämlich die Fähigkeit, die Rechtslage des Gutes zu verändern, in unserm Falle z. B. gültig auf die Forderung aus dem Krediteröffnungsvertrag zu verzichten oder die Bedingungen desselben abzuändern.

Ja, im Normalfall unserer «Treuhänderschaft», nämlich da, wo der «Treuhänder» die Visierung der Anweisungen besorgt, welche der Baugeldempfänger auf die Bank als Baugeldgeber ausstellt, ist er nicht einmal Vollmachtsträger, nicht einmal Stellvertreter. Denn, was er hier mit der Visierung besorgt, ist keine Rechtshandlung, weshalb er weder einer Vollmacht bedarf, noch aus eigenem Verfügungsrecht zu handeln braucht. Die Visierung der Anweisungen ist keine Rechtshandlung, sondern nur die Besorgung eines ihm vom Baugeldgeber, Baugeldempfänger oder Baugläubiger gegebenen Auftrages, der nicht den Erwerb, die Veränderung oder den Verlust eines Rechtes bewirkt, sondern vielmehr nur eine Bedingung erfüllt, welche vom Baugeldgeber aufgestellt wurde, damit ein anderer, nämlich der Baugeldempfänger, ein Rechtsgeschäft abschliessen könne. Im Krediteröffnungsvertrag, d. h. dem Vorvertrag für ein Darlehn nach unserem Recht, wurde bestimmt, dass ein Abschluss des Hauptvertrages, d. h. Auszahlung einer Geldsumme als Darlehn, nur erfolge, wenn eine ganz bestimmte Bedingung

erfüllt sei, nämlich, wenn die richtige Verwendung der Darlehnssumme durch Visierung der Anweisung durch eine Drittperson gesichert sei. Dem «Treuhänder» wurde nun der Auftrag erteilt, diese Visierung unter bestimmten Voraussetzungen vorzunehmen und damit die Bedingung für den Abschluss des Rechtsgeschäftes zwischen der Bank als Baugeldgeber und dem Bauherrn als Baugeldempfänger zu erfüllen. Irgendeine Rechtsmacht übt der «Treuhänder» damit nicht aus, ja nicht einmal eine Vertretungsmacht. Seine Tätigkeit als solche hat überhaupt direkt keine rechtliche Bedeutung, sondern nur eine rein tatsächliche. Dadurch, dass diese Tatsache zu einer Bedingung für das Darlehn gestempelt wurde, erhält sie natürlich mittelbar schon rechtliche Bedeutung. Unmittelbar übt aber der «Treuhänder» mit seiner Visierung keine Rechtshandlung aus [1]).

Mann kann die Konstruktion auch nicht etwa so treffen, dass man sagt, es handle sich beim Bauherr und beim «Treuhänder» um zwei in dem Sinne gemeinschaftlich Forderungsberechtigte, als der eine die Forderung nur geltend machen könne, wenn der andere dazu seine Zustimmung gebe, dass diese Zustimmung gewissermassen Bedingung für die Geltendmachung des Forderungsrechtes sei [2]). Richtig ist diese Auffassung für die Stellung des Bauherrn; sie gilt aber nicht für

[1]) Die gleichen Rechte wie der «Treuhänder» üben unter Umständen auch die Handwerker und Unternehmer aus, nämlich da, wo im Baukreditvertrag die Bedingung aufgestellt ist, dass die Anweisungen des Bauherrn an die Bank neben der Visierung durch den Treuhänder auch derjenigen durch die Handwerker und Unternehmer bedürften. Auch diese letztere Visierung bedeutet nur die Erfüllung einer Bedingung zur Auszahlung des Baukredites und stellt keine Rechtshandlung dar, sondern etwas rein Tatsächliches. Trotz dieser Befugnis zur Visierung haben die Handwerker und Unternehmer kein Recht am Baukredit, ebensowenig wie der «Treuhänder». Vgl. das Formular der Banque Cantonale Vaudoise im Anhang Ziff. 3.

[2]) Also nicht etwa Gesamtforderungsberechtigte im Sinne von Art. 70 OR.

diejenige des «Treuhänders». Denn ihm fehlt jede Möglichkeit, über die Forderung zu disponieren; er hat kein Recht, vom Bauherrn zu verlangen, dass er zur Geltendmachung der Forderung durch ihn, d. h. den «Treuhänder», seine Einwilligung erteile. Ob das Forderungsrecht geltend gemacht werden soll, hat einzig der Bauherr zu bestimmen, nicht aber steht dieses Recht dem «Treuhänder» zu. Was er an Befugnissen erhalten hat, ist einzig die Möglichkeit, zur Verfügung, d. h. zur Geltendmachung der Forderung, durch den Bauherrn zuzustimmen und damit die für die erfolgreiche Geltendmachung aufgestellte Bedingung zu erfüllen. Die Erfüllung dieser Bedingung ist aber keine Rechtshandlung, sondern etwas rein Tatsächliches, weshalb man auch nicht sagen kann, sie bedeute den Ausfluss einer treuhänderischen Verfügungsmacht.

Aber auch in dem Falle ist eine eigentliche Treuhandschaft abzulehnen, wo der «Treuhänder» das alleinige Verfügungsrecht über den Baukredit erhält. Denn hier haben wir einfach eine weitere Bedingung des Krediteröffnungsvertrages, nämlich die, dass der Baugeldempfänger dem «Treuhänder» das Recht gibt, allein über den Baukredit zu verfügen. Hier stellt sich die Tätigkeit des Treuhänders allerdings als eine Rechtshandlung dar, er schliesst den Darlehnsvertrag ab, aber nicht aus eigenem Recht, sondern im Auftrage des Baugeldempfängers. Der «Treuhänder» ist hier also Stellvertreter, und zwar offener, da der Bank der Bestand eines Auftragsverhältnisses bekannt ist. Dieses bildet ja Bestandteil des Baukreditvertrages.

Der «Treuhänder» ist also nicht einmal hier, wo er Rechtshandlungen vornimmt, eigentlicher Treuhänder im technischen Sinne, sondern bloss direkter, d. h. offener Stellvertreter [1]).

[1]) Vgl. das Formular der Union Vaudoise du crédit, welches folgenden Wortlaut hat: A cet effet, l'accrédité donne pleins pouvoirs à l'architecte..... pour signer seul les bons et les quittances de prélèvement sur le compte object du présent crédit.

c) Wenn wir die Funktionen und die rechtliche Stellung unseres «Treuhänders» derart umschreiben, so bemerken wir, dass er eine grosse Ähnlichkeit mit dem Treuhänder in § 35 des deutschen Reichsgesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 hat. Ja, wir können sogar feststellen, dass die Ausübung der Funktionen dieser beiden «Treuhänder» für sie rechtlich insofern die gleiche Stellung zur Folge hat, als beide keine Treuhänder im juristischen Sinne des Wortes sind [1]). Wirtschaftlich kann man von Treuhänder reden, gerade so gut, wie man wirtschaftlich die sogenannte Treuhandgesellschaften und gewisse Vermögensverwalter, auch etwa Bücherrevisoren, als Treuhänder auffasst, obschon deren Funktionen in den wenigsten Fällen Treuhandschaften im juristischen Sinne darstellen [2]).

In der rechtlichen Stellung bestehen zwischen dem Treuhänder des deutschen Gesetzes und demjenigen, wie ihn die schweizerische Praxis entwickelt hat, in positiver Beziehung aber doch bedeutende Unterschiede. Der deutsche Treuhänder hat kraft positiver Gesetzesvorschrift [3]) die Stellung eines Pflegers im Sinne der §§ 1909—1921 BGB. Der schweizerische Treuhänder ist Beauftragter nach Art. 394—406 OR. Wer dabei sein Auftraggeber ist, soll unten untersucht werden. Natürlich erhält auch der deutsche Treuhänder einen Auftrag, aber eben einen ganz bestimmten, nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz umschriebenen.

Allerdings besteht die Möglichkeit, die Stellung unseres «Treuhänders» so zu gestalten, dass er ein wirklicher juristischer Treuhänder wird. Wir brauchen ihm nur die Funktionen zu übertragen, wie es Töndury [4]) tut. Dieser fasst nämlich den Bautreuhänder als einen Vertreter der Baugläubiger auf.

[1]) Vgl. Schneebeli 194; Gerstle 25 Anm. 1; Fischbach 318; Simon, Kommentar zum Reichsgesetz über die Bauforderungen § 35.

[2]) Gerstle 13.

[3]) Reichsgesetz § 35 Al. 3.

[4]) 63.

Zugunsten dieses Treuhänders als eines Vertreters der Baugläubiger errichtet man eine Grundpfandverschreibung, um damit die Forderung der Baugläubiger sicherzustellen. Gläubiger dieses Pfandrechtes ist der Treuhänder, aber eben nur als Treuhänder der Baugläubiger, die die aus der Grundpfandverschreibung eigentlich Berechtigten sind. Sie sind die Treugeber [1]). Hier haben wir den Fall einer wirklichen Treuhandschaft in dem von der Doktrin entwickelten juristischen Sinne [2]). Dieser Treuhänder besitzt ein Herrschaftsrecht, eine Treumacht; er handelt aus eigenem Recht und nicht als Vertreter der Treugeber. Für ihn gilt die rechtliche Konstruktion, wie sie von Gerstle [3]), Huber [4]) und Fischbach [5]) aufgestellt wurde, und der wir vor allen andern auf S. 108/109 erwähnten den Vorzug geben möchten. Unrichtig ist es deshalb, wenn Töndury [6]) hier von einem Treuhänder mit bloss obligatorischer Berechtigung im Sinne Schultzes spricht. Wir haben bereits oben erwähnt [7]), dass eine Treuhand mit bloss obligatorischer Berechtigung keine Treuhand im Sinne unserer Definition ist, somit überhaupt keine juristische Treuhand, sondern, dass es sich hier vielmehr um ganz spezielle Typen deutscher Gesetze handelt. Die Treuhand, wie wir sie hier erwähnt haben, ist aber keine wirkliche Treuhand. Eine Treuhand mit bloss obligatorischer Berechtigung gibt es im Gebiete der freien Vertragsschliessung gar nicht.

Wenn wir auf diesen Fall des Bautreuhänders als wirklichen Treuhänder nicht weiter eintreten, so geschieht es aus dem Grunde, dass ein solcher Bautreuhänder der Praxis unbe-

[1]) Töndury überträgt dem Treuhänder noch andere Funktionen, aber die hier erwähnte ist typisch für die rechtliche Natur dieses Treuhänders.

[2]) Gerstle 25; RG 79 Nr. 26 121.

[3]) 133.

[4]) Sachenrecht 73.

[5]) 289.

[6]) 70.

[7]) 106.

kannt ist [1]). Was man im Bankverkehr Bautreuhänder nennt, ist der von uns erwähnte «Treuhänder» im nicht eigentlich juristischen Sinne, sondern im bloss wirtschaftlichen. Wohl mag es Fälle geben, wo ein eigentlicher Treuhänder bestellt wird, wie ihn Töndury erwähnt. Dann haben wir ein richtiges Treuhandgeschäft, auf dessen Natur wir hier aber nicht eintreten können. Wir betrachten hier nur den Typus eines Bautreuhänders, wie er in der Praxis allgemein gebräuchlich ist.

d) Wir haben im vorstehenden gefunden, dass der Bautreuhänder normalerweise gar kein «Treuhänder» im juristischen Sinne des Wortes ist, sondern, dass wir es mit einem Beauftragten nach OR zu tun haben. Es frägt sich nun, ob wir unter diesen Umständen weiterhin von einem Treuhänder reden können, wo doch ein solcher juristisch gar nicht vorhanden ist. Wäre es nicht eher am Platze, eine andere Bezeichnung für diese Person zu suchen, z. B. Vertrauensmann [2])?

Sicherlich ist es für den Juristen wichtig, dass er seine technischen Ausdrücke auch nur für den technischen Begriff verwendet und nicht für alle möglichen verwandten Erscheinungen; dadurch werden manche Irrtümer vermieden. Allein wir glauben, dass wir trotz der grundsätzlichen Richtigkeit dieser Ansicht in unserem Falle die Bezeichnung «Treuhänder» beibehalten sollen, auch wenn wir juristisch in den meisten Fällen keinen Treuhänder vor uns haben. Den Grund dazu glauben wir in der Tatsache zu finden, dass man im Wirtschaftsleben häufig von Treuhändern und Treuhandgeschäften redet, wo solche juristisch gar nicht vorliegen [3]). Allein diese Bezeichnung hat sich einmal eingebürgert, und es würde schwer halten, hier eine Änderung zu schaffen. Vor allem

[1]) Wenigstens konnten wir nicht in Erfahrung bringen, dass einem Bautreuhänder Funktionen übertragen werden, wie sie Töndury erwähnt.

[2]) Diese Bezeichnung wird z. B. von Schneebeli angewandt 186.

[3]) Vgl. Gerstle 13.

kommt aber in Betracht, dass «Treuhänder» einen technischen Ausdruck für die Doktrin bildet, wobei er noch recht kontrovers und lange nicht endgültig abgeklärt ist, dass wir es aber nicht mit einem gesetzlichen Terminus zu tun haben. Solange eine Bezeichnung nicht der Gesetzessprache entnommen ist, brauchen wir es mit ihrer Anwendung nicht so genau zu nehmen, und wir können ihren Gebrauch auch für verwandte Erscheinungen gestatten. Dazu kommt die Tatsache, dass auch im deutschen Gesetz von Treuhänder gesprochen wird, wobei man an einen Pfleger im Sinne des BGB dachte. Hier hat also sogar in einem Gesetz der Ausdruck Treuhänder im bloss wirtschaftlichen Sinne Aufnahme gefunden [1]).

Etwas anders gestalten sich die Verhältnisse für die französische Schweiz. Hier redet man überhaupt nie von «fiduciaire», sondern einfach von «architecte», worunter man den Bautreuhänder der deutschen Sprache versteht [2]). Der Grund dazu liegt in der Tatsache, dass man in der Westschweiz als Treuhänder in der Regel den bauleitenden Architekten bestellt [3]).

e) Wenn wir den Bautreuhänder als Beauftragten im Sinne der Art. 394—406 OR auffassen, so müssen wir nun untersuchen, von wem er seinen Auftrag erhalten hat. Die Praxis der Bankinstitute hat hier zwei Wege eingeschlagen.

Der eine, vornehmlich in der Westschweiz bekannte [2]), ist der, dass der Auftrag von seiten des kreditierenden Bankinstitutes erteilt wird. Der Bauherr hat zu dem ganzen Auftragsverhältnis nichts zu sagen. Dieses stellt sich einfach als eine Bedingung des Krediteröffnungsvertrages dar, entsteht somit für den Bauherrn mit Annahme der Kreditbedingungen.

Nur in dem Fall, wo der Treuhänder allein über den Kredit verfügt, haben wir noch die besondere Bestimmung im

[1]) Ähnlich im deutschen Hypothekenbankgesetz.

[2]) Vgl. das Formular der Banque Cantonale Vaudoise im Anhang Ziff. 6.

[3]) Vgl. unten unter *f*.

Kreditvertrag, wonach der Bauherr dem Treuhänder ausdrücklich Vollmacht gibt, über den Kredit zu verfügen. Der Treuhänder erhält somit hier einen doppelten Auftrag, nämlich einmal den Auftrag von der Bank, die Bezahlung der Baugläubiger zu überwachen, dann aber auch den Auftrag vom Bauherrn, an seiner Stelle die Auszahlung des Baukredites zu verlangen. Allerdings ist der Bauherr in der Wahl seines Beauftragten nicht frei, sondern derselbe wird bereits durch den Kreditvertrag bestimmt.

Anderseits ist es möglich, dass der Treuhänder seinen Auftrag von der Bank und dem Bauherrn gemeinsam erhält. Seine Ernennung erfolgt dann entweder gleich im Baukreditvertrag oder, was gebräuchlicher ist, in Form einer besondern (häufig Treuhandbestellung genannten) Vereinbarung zwischen Bank, Bauherr und Treuhänder [1]). Juristisch besteht zwischen den beiden Verfahren kein grosser Unterschied. Im zweiten Fall bedürfen einfach alle Erklärungen von seiten des Auftraggebers der vorherigen Einigung zwischen Bank und Bauherr, da nur ihr gemeinsamer Wille denjenigen des Auftraggebers ausmachen kann. Das Recht zur Widerrufung respektive Kündigung des Auftrages nach Art. 404 OR müssen wir allerdings sowohl der Bank als dem Bauherrn einräumen. Erfolgt sie aber durch den letztern, so wird dies die Einstellung weiterer Auszahlungen auf Rechnung des Baukredites zur Folge haben; denn die Mitwirkung des Treuhänders ist Bedingung des Baukreditvertrages.

f) Was die Person des Treuhänders anbelangt, so können sowohl physische als juristische Personen in Betracht fallen.

[1]) Es kommt etwa vor, dass auch die Bauhandwerker und Unternehmer als auftraggebend angesehen werden, indem sie den Vertrag mitunterzeichnen. Dieses Verfahren ist aber nicht zu empfehlen, da es verlangt, dass auch jedem Bauhandwerker und Unternehmer ein Widerrufsrecht nach Art. 404 OR eingeräumt werden muss. Deshalb lässt denn auch die Kantonalbank Bern auf ihrem neuen Formular die Handwerker und Unternehmer nicht mehr mitunterzeichnen.

Allerdings wird physischen Personen der Vorzug zu geben sein, da es bei dem ganzen Verhältnis als einem wesentlich auf Vertrauen beruhenden sehr auf die Eigenschaften der Person ankommt [1]). In der Westschweiz, vornehmlich in der Waadt, entspricht es einem bereits vor dem Inkrafttreten des ZGB geübten Gebrauch, dass als Treuhänder der bauleitende Architekt gewählt wird [2]). Häufig wird als Treuhänder auch ein Notar bestellt, z. B. in der Stadt Bern, oder aber man erwählt einen der Handwerker als Treuhänder. Wird eine nicht am Bau beteiligte Person gewählt, so hat dies den Nachteil, dass sie, um ihr Amt gewissenhaft ausüben zu können, selbst bei den Handwerkern, dem Architekten oder dem Bauherrn Erkundigungen über den Stand des Baues einziehen muss und auf deren Aussagen angewiesen ist, da ihr zu einer eigenen Kontrolle meistens die nötigen technischen Kenntnisse mangeln.

Die Ausübung des Amtes als Treuhänder erfolgt natürlich gegen eine Entschädigung, deren Höhe meistens einen bestimmten Prozentsatz des Baukredites darstellt. Wir haben demnach in unserem Auftrag einen gegenseitigen Vertrag. Verpflichtet zu der Gegenleistung ist im ersten Fall, d. h. wo die Bank allein den Auftrag gibt, diese. Effektiv wird der Bauherr die Entschädigung bezahlen müssen, indem er sie der Bank in Form von Spesen zurückvergüten muss. Im Falle, wo Bank und Bauherr den Auftrag gemeinsam erteilen, haften sie dem Treuhänder solidarisch [3]) für seine Entschädigung, es sei denn im Vertrag, was häufig geschieht, die Bestimmung aufgenommen, dass die Entlöhnung des Treuhänders dem Kreditnehmer obliege.

[1]) Deshalb ist auch abzulehnen, dass der Beauftragte die Ausübung des Auftrages einem Dritten überträgt, Art. 399 OR.

[2]) Vgl. das Formular der Banque Cantonale Vaudoise im Anhang Ziff. 6. Ähnlich geht z. B. die Kantonalbank Basel vor, die die Anweisungen ebenfalls durch den bauleitenden Architekten visieren lässt. Ist der Baukredit neben dem Grundpfand noch durch Bürgen sichergestellt, so haben diese das Visierungsrecht.

[3]) Art. 403 Al. 1 OR.

g) Die Ernennung des Treuhänders erfolgt immer in der Form eines schriftlichen Vertrages, welcher eine genaue Umschreibung der Rechte und Pflichten enthält, obschon das Gesetz für den Fall des Auftrages keine Formvorschrift aufgestellt hat. Die mit dem Auftrag verbundene grosse Verantwortlichkeit des Treuhänders und die Vielgestaltigkeit seiner Funktionen rechtfertigen aber eine schriftliche Fixierung des Vertragsinhaltes genügend.

Im Falle, wo der Treuhänder allein über den Kredit verfügungsberechtigt ist, verbindet sich mit dem Auftrage von seiten des Bauherrn die Ermächtigung, in seinem Namen über den Baukredit zu verfügen (Art. 396 Al. 2, Art. 32 Al. 1 OR).

Auf die einzelnen Funktionen des Treuhänders brauchen wir hier nicht mehr einzutreten. Wir haben sie unter I. dieses Paragraphen erwähnt und ihre rechtliche Bedeutung bei der Bestimmung der rechtlichen Natur des Treuhänders dargetan.

Was den Untergang des Auftragsverhältnisses anbelangt, so ist nach Art. 404 Al. 1 OR jederzeit Widerruf respektive Kündigung möglich. Nach dem oben unter *e* erwähnten hat dieses Recht der Treuhänder, die Bank und eventuell der Bauherr. Erfolgt die Kündigung zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatz des dem andern durch den Rücktritt verursachten Schadens verpflichtet (Art. 404 Al. 2 OR). Dabei wird man für den Treuhänder in bezug auf den Begriff der Unzeit eher streng sein müssen, da die Niederlegung seines Amtes für die Erstellung der Baute wesentliche Störungen zur Folge haben wird. Deshalb wird Unzeit immer dann anzunehmen sein, wenn eine Kündigung des Auftrages während des Baues ohne hinlänglichen Grund erfolgt.

Natürlich kommen als Endigungsgründe auch diejenigen des Art. 405 OR in Betracht, d. h. Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs des Beauftragten oder eines der Auftraggeber. Sie weisen aber für unsern Fall keine Besonderheiten auf, weshalb auch nicht darauf eingetreten werden soll, sondern einfach auf die Bestimmungen des Auftrages im allgemeinen verwiesen wird.

h) Endlich haben wir noch die Verantwortlichkeit zu erwähnen.

Bei dem oder den Auftraggebern wird dieselbe praktisch selten Bedeutung haben; immerhin ist zu erwähnen, dass sie nach Art. 402 Al. 2 OR dem Beauftragten für allen ihm aus dem Auftrage entstandenen Schaden haften.

Für die Verantwortlichkeit des Beauftragten gilt im allgemeinen der Grundsatz des Art. 398 OR. Danach haftet der Beauftragte bei Ausübung des Auftrages für getreue und sorgfältige Ausführung, was unter Umständen eine grössere Sorgfalt bedeuten kann, als der Beauftragte in eigenen Sachen anzuwenden pflegt [1]). Allgemein finden die Bestimmungen des Dienstvertrages Anwendung, Art. 328 OR.

Im speziellen ist zu sagen, dass der Treuhänder der Bank gegenüber dafür haftbar ist, dass der Baukredit einzig zur gleichmässigen Bezahlung der am betreffenden Bau beteiligten Handwerker und Unternehmer verwendet wird, und dass er der Bank jeden Schaden zu ersetzen hat, der ihr aus einer Anfechtung ihres Pfandrechtes nach Art. 841 ZGB erwachsen sollte. Wir glauben, dass ein Verschulden des Treuhänders gegebenenfalls leicht nachzuweisen ist, indem es eben immer dann vorliegen wird, wenn eine erfolgreiche Anfechtung des Pfandrechtes der Bank nach Art. 841 ZGB möglich sein wird.

i) Damit glauben wir, die rechtliche Stellung des Bautreuhänders erschöpfend dargestellt zu haben. Fragen, die etwa noch auftauchen mögen, z. B. die Frage nach der Pflicht des Beauftragten zur Rechenschaftsablegung, beantworten sich nach den allgemeinen Grundsätzen und Bestimmungen über den Auftrag (vgl. über das Beispiel Art. 400 OR), da hier eben keine Besonderheiten in den Beziehungen zwischen Bautreuhänder, Bank und Bauherr in Betracht fallen.

---

[1]) Oser, Kommentar OR Art. 398 Bem. 1; Rossel Nr. 733.

Anhang.

Nr. I.

Formular der Banque Cantonale Vaudoise.
Crédit hypothécaire pour construction.

1. Par devant ..... notaire
Comparaît: ..... fils de ..... à .....

Le comparant expose qu'ensuite de la demande qu'il en a faite à la Banque Cantonale Vaudoise, à Lausanne, celle-ci a consenti à lui ouvrir, dans les livres de cet établissement, un compte de crédit du capital de ..... francs.

Pour garantir le remboursement des sommes dont ce compte pourra se trouver débiteur en principal et accessoires, le prénommé ..... déclare hypothéquer en faveur de la Banque Cantonale Vaudoise, au nom de laquelle est ici présent et qui accepte .....

Savoir: les immeubles ci-après désignés dont il est propriétaire au territoire de la

commune de .....

Avec ces immeubles sont affectés leurs parties intégrantes et leurs accessoires.

Font ou feront notamment partie de l'hypothèque les constructions à édifier, les moyens de chauffage et d'éclairage, le matériel compris dans tous bordereaux industriels, le mobilier incorporé à l'immeuble et, en général, tous objets attachés au fonds par le propriétaire à perpétuelle demeure.

Cette hypothèque est ici constituée en .....
.....
ce qui sera constaté sur l'expédition des présentes par une déclaration officielle d'ores et déjà requise du conservateur du régistre foncier, avec dispense d'indiquer les servitudes.

2. Ce compte de crédit sera exploitable au fur et à mesure de l'avancement des travaux de construction, jusqu'à concurrence du ..... pour cent de leur coût, sur le vu d'états de situation dressés par l'architecte. La Banque se réserve le droit de faire vérifier en tout temps l'exactitude de ces états par une personne de son choix, aux frais de l'accrédité, mais il est bien entendu que la responsabilité de l'architecte demeurera pleine et entière, sans atténuation aucune.

3. L'exploitation du compte se fera au moyen de bons signés par l'accrédité, par l'architecte et par les artisans ou entrepreneurs.

4. La Banque créancière requiert l'inscription de l'annotation suivante au Registre foncier: «Profite des cases libres.»

5. La Banque pourra, quand bon lui semblera et sans aucun avertissement, arrêter l'exploitation du compte où en réduire le nominal, le solde débiteur étant en tous temps échue et exigible.

6. Comparaît d'autre part .....
..... lequel, en sa qualité d'architecte des constructions en cause, prend envers la Banque l'engagement solidaire:

7. *a)* de veiller, sous sa responsabilité personnelle, à ce que tous les artisans et entrepreneurs occupés aux constructions, objet du présent acte, et qui auront effectué du travail seulement, ou du travail et des fournitures, touchent sur le dit crédit, les uns par rapport aux autres, des acomptes dans la même proportion,

b) et de répondre, à la décharge complète de la Banque, de toutes les conséquences précuniaires qui pourraient résulter pour elle d'une inégalité de traitement des artisans et entrepreneurs quant aux versements qui leur seront effectués sur le compte de crédit.

Il est rappelé que les intérêts et accessoires du compte de crédit seront passés au débit de ce compte, ce qui réduira d'autant le disponible destiné aux artisans et entrepreneurs.

8. Pour le cas où les coobligés viendraient à quitter le canton, ils font élection de domicile attributif de juridiction au Greffe du Tribunal civil du district de .....

9. Interviennent en outre: .....
.....
lesquels déclarent se constituer cautions solidaires de .....
..... pour le remboursement des sommes dont il pourra se trouver débiteur en principal, intérêts et autres accessoires, par suite de l'ouverture du crédit dont il s'agit et cela jusqu'à complet paiement.

Le débiteur prend à sa } charge les actes
(ou) les coobligés prennent solidairement à leur }
conservatoires qui pourraient être nécessaires pour le maintien de tous droits quelconques, tels que actes récognitifs, inscriptions dans le registre foncier, production dans bénéfices d'inventaire, sursis concordataires, faillites, etc., à l'entière décharge de la Banque créancière.

Dès le jour où pour une cause quelconque ce crédit ne pourrait plus être exploité, l'intérêt sera porté de plein droit à six pour cent l'an, sans avis préalable.

Nr. II.

Formular der Kantonalbank von Bern.

Grundpfandverschreibung für einen Baukredit.

Der unterzeichnete ..... Notar des Kantons Bern, mit Bureau in ..... beurkundet hiermit, dass heute vor ihm erschienen $\frac{\text{ist}}{\text{sind:}}$

.....
..... (der Kreditnehmer genannt),

erklärend:

.I Die Kantonalbank von Bern (Bank genannt) habe ihm einen Baukredit in Kontokorrent-Rechnung eröffnet bis zum Belaufe von Fr. ....., schreibe

Franken .....

Der Kredit sei bestimmt zum Bau des Gebäudes Nr. ..... an der ..... (Grundbuchblatt Nr. ..... Flur ..... von .....).

Infolgedessen ermächtige er die Bank:

a) für die Beträge, welche er in bar oder durch Wechsel, Scheck, Anweisung oder sonstige Verfügung von der Bank beziehe, oder welche die Bank aus den hienach festgesetzten Verpflichtungen von ihm fordere und zu fordern haben werde, nach Gutfinden, auch schon vor Verfall, seinen Kredit zu belasten;

b) alle Zahlungen, wenn sie es für zweckmässig erachten sollte, direkt an die Handwerker und Unternehmer zu leisten und sich die Forderungen samt Pfandrecht und Vorrecht gutfindendenfalls abtreten zu lassen. Die Zahlungen erfolgen mittelst Anweisungen des Kreditnehmers, die der von der Bank bezeichnete Treuhänder nach vorheriger Einsichtnahme der Arbeitsausweise zu visieren hat. Die Bank ist berechtigt, diese Arbeitsausweise durch einen von ihr zu ernennenden Sachverständigen auf Kosten des Kreditnehmers nachprüfen zu lassen;

c) die Rechnung jeweilen auf 30. Juni und 31. Dezember oder auf einen andern der Bank beliebenden Tag abzuschliessen und den sich ergebenden Saldo vorzutragen oder auszubezahlen, sowie eine allfällige Überschreitung der Kreditsumme ohne weiteres einzufordern;

d) den Kredit jederzeit ganz oder teilweise zur Rückzahlung zu künden.

Ferner verpflichtet sich der Kreditnehmer:

a) den Kredit zu nichts anderem zu verwenden, als zu dem eingangs angegebenen Zweck;

b) die Schuld nach den Regeln des Kontokorrents zu dem von der Bank jeweilen festgesetzten Zinsfuss zu verzinsen, die von ihr bestimmten Kommissionen zu bezahlen und die Auslagen für Porto, Stempel, Ausfertigung von Akten, allfälligen Verwendungen auf den Pfändern usw. zurückzuvergüten;

c) bei teilweiser Aufkündung des Kredits den betreffenden Betrag und bei gänzlicher Aufkündung den gesamten Rechnungssaldo innert sechs Wochen zurückzuzahlen;

d) sich allen gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften der Bank sowie den Beschlüssen der Bankbehörden zu unterziehen.

Bei einer Mehrheit von Kreditnehmern:

Für die eingegangenen Verbindlichkeiten verpflichten sich die sämtlichen Kreditnehmer solidarisch.

Bei Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften:

Für die eingegangenen Verbindlichkeiten verpflichten sich die sämtlichen Kollektivgesellschafter (*bei Kommanditgesellschaften*: die sämtlichen unbeschränkt haftenden Gesellschafter), sowohl unter sich als auch jeder einzeln, mit der Gesellschaft solidarisch gegenüber der Bank.

II. Zur Sicherheit für diesen Kontokorrentkredit mit allen ausstehenden Zinsen, Kommissionen und Folgen, bis zum Höchstbetrage von Fr. ....., schreibe

Franken .....

errichtet nun der Kreditnehmer (*eventuell Bezeichnung des Dritteigentümers*) eine Grundpfandverschreibung im .... Rang auf den hiernach verzeichneten Grundstücken.

(Folgt die öffentliche Beurkundung des Pfandvertrages.)

Nr. III.

Formular der Kantonalbank von Bern.

Treuhandbestellung.

Die Kantonalbank von Bern hat .....
.....
(hiernach Kreditnehmer genannt) einen Kredit von Fr. .....
schreibe Franken .....
bewilligt. Das Geld aus diesem Kredit soll ausschliesslich dazu dienen, die Baukosten .....
..... zu bestreiten.

Der Kredit soll nach Massgabe des Fortschreitens des Baues beansprucht werden. In jedem Zeitpunkt sollen die jeweilen beendigten Arbeiten möglichst gleichmässig bezahlt sein.

Um diese Verwendung des Kredites sicherzustellen, betrauen die Bank und der Kreditnehmer den Herrn .....
..... (hiernach Treuhänder genannt) mit folgendem Auftrag:

Alle Verfügungen des Kreditnehmers über den Kredit bedürfen der Gegenzeichnung durch den Treuhänder.

Der Treuhänder hat darüber zu wachen, dass die Gelder aus dem Kredit ausschliesslich für folgende Zwecke verwendet werden:

1. Zur Bezahlung der Bauhandwerker für diejenigen Arbeiten, die sie für den eingangs erwähnten Bau ausgeführt haben;

2. zur Bezahlung von Lieferungen für den genannten Bau, sofern die Bauhandwerker bereits bezahlt sind. Unter Bauhandwerkern sind alle Personen verstanden, die auf eigene Rechnung im Bau Arbeit leisten, seien es Unternehmer oder Unterakkordanten.

Ist die Erstellung des Baues oder die Ausführung einer ganzen Gruppe von Bauarbeiten einem einzelnen Unternehmer übertragen, so hat demnach der Treuhänder dafür zu sorgen, dass auch allfällige Unterakkordanten im Verhältnis der von ihnen geleisteten Arbeiten aus dem Kredit bezahlt werden.

Werden mehrere Häuser erbaut, so sind sie in der Rechnungsführung und in den Verfügungen über den Kredit auseinanderzuhalten. Der Treuhänder hat auf jeder Anweisung das Haus, für das sie bestimmt ist, zu bezeichnen.

Der Treuhänder verpflichtet sich, der Bank und dem Kreditnehmer jederzeit auf Verlangen über die Verwendung der bezogenen Summen Rechnung abzulegen.

Die Entlöhnung des Treuhänders liegt dem Kreditnehmer ob.

....., den ..... 19.....

Der Kreditnehmer: Der Treuhänder:

Kantonalbank von Bern.

MSH 02706
JUL 2 8 1994
NEH

END OF
TITLE